

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

REVISTA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

N. 14, jul./dez. de 2020
Brasília, DF

ISSN 1984-0322 (impresso)
e-ISSN 2448-4555 (online)

R. Defensoria Públ. União	Brasília, DF	n. 14	p. 1-310	jul./dez. 2020
---------------------------	--------------	-------	----------	----------------

CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE: CASOS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

*DIFFUSE CONVENTIONALITY CONTROL:
CASES OF BRAZILIAN FEDERAL PUBLIC DEFENDER'S OFFICE'S ACTING*

Maria do Carmo Goulart Martins Setenta

*Mestra em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER).
Defensora Pública Federal em Salvador/BA
mariadocarmo.gms@outlook.com*

RESUMO

A promoção dos direitos humanos implica buscar o respeito aos tratados e convenções internacionais que estabelecem regras de proteção, levando ao crescimento da relação entre o Direito Interno e o Direito Internacional. Nessa interação surge o controle de convencionalidade como mecanismo de tutela dos direitos humanos, por meio da aferição de compatibilidade entre o ordenamento jurídico pátrio e as normas de direito internacional. O Brasil está inserido no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo ser processado em ações de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, obrigando-se, assim, a implementar suas decisões. Além do sistema regional, o Brasil integra o sistema universal ou global de proteção aos direitos humanos. Nessa ordem de ideias, o presente estudo propôs-se a investigar a atuação da Defensoria Pública da União por meio do controle difuso de convencionalidade, ou seja, aquele levado a efeito em âmbito interno pelos órgãos jurisdicionais domésticos. Constatou-se que, mesmo com limitações, o mecanismo do controle de convencionalidade é instrumento para a tutela dos direitos humanos, porquanto relacionado à nova doutrina que prestigia esses direitos e promove uma interlocução entre o direito interno e o direito internacional, com enfoque na maior proteção ao indivíduo.

Palavras-chave: Defensoria Pública. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Controle de Convencionalidade. Diálogo entre Cortes.

ABSTRACT

The advancement of human rights implies in searching the observance of international treaties and conventions that establish rules of protection, promoting the development of the relation between Domestic and International Law. In this interaction, the conventionality control rises as a mechanism of human rights guardianship, by assessing the compatibility between the national legal framework and the international law rules. Brazil is inserted in the Interamerican System of Protection of Human Rights and admits the mandatory

jurisdiction of the Interamerican Court of Human Rights, with the possibility of being prosecuted to the international accountability on human rights violations, forcing itself to implement those decisions. Besides the regional system, Brazil also is a member of the global human rights protection system. With that in mind, this article investigates the acting of Defensoria Pública da União (the Brazilian National Public Defender's Office) in the systematic of diffuse conventionality control, the one enforced by the domestic jurisdictional entities. The verification is that, even with certain limitations, the mechanism of conventionality control is an instrument to human rights protection, since it is related to the new doctrine that honors these rights and promotes a new interlocution between domestic and international law, focusing on the protection of the person.

Keywords: Public Defender's Office. International Human Rights Law. Conventionality Control. Dialogue between Courts.

Data de submissão: 12/09/2019

Data de aceitação: 15/06/2020

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS 1.1 Controle concentrado de convencionalidade 1.2 Controle difuso de convencionalidade 2. CASOS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE 2.1 Casos no Supremo Tribunal Federal 2.2 Casos no Superior Tribunal Militar 2.3 Casos nos Tribunais Regionais Federais CONSIDERAÇÕES FINAIS

INTRODUÇÃO

É notável o crescimento da relação entre o direito interno e o Direito Internacional, que gera, cada vez mais, a aplicação desse último em âmbito nacional, resultado do diálogo entre Cortes. Luiz Guilherme Arcaro Conci afirma que, no mundo globalizado e complexo em que vivemos, “o diálogo entre juízes nacionais, estrangeiros e internacionais é uma necessidade”.¹

Nessa interação entre o direito interno e o Direito Internacional, surge o controle de convencionalidade que, na definição de Valerio Mazzuoli, é a compatibilização vertical das leis internas com os tratados de direitos humanos vigentes no país. Segundo o autor, enquanto o controle de constitucionalidade afere a compatibilidade vertical entre a lei e

¹ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**, 2016, p.1.

as normas constitucionais, o controle de convencionalidade avalia a adequação de uma lei com os tratados internacionais de direitos humanos.²

O Brasil está inserido no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, tendo incorporado definitivamente a Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Decreto Presidencial nº 678, de 11/11/1992. Em 10/12/1998, depositou, junto ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), nota reconhecendo a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo ser processado em ações de responsabilidade internacional por violações de direitos humanos e obrigando-se, assim, a implementar suas decisões.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade, segundo Néstor Pedro Sagüés, tem três fundamentos jurídicos, quais sejam: o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); o princípio da efetividade dos Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos, cuja eficácia não pode ser reduzida por normas ou práticas do direito doméstico de um Estado-membro, nos termos do art. 29 da CADH; e, por último, a impossibilidade de um Estado-parte invocar direito interno para justificar o descumprimento de um tratado, conforme preceitua o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, incorporada à legislação brasileira pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.³

O controle de convencionalidade possui duas dimensões: internacional e interna. A primeira delas, também chamada de controle autêntico ou definitivo é, em geral, de atribuição dos órgãos internacionais, ou seja, dos tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Corte Interamericana e Africana). O controle de matriz nacional é feito pelos juízes e tribunais internos.⁴ Constatou-se, dessa forma, que o exercício desse controle pode acontecer dentro dos sistemas global ou regionais de proteção aos direitos humanos, bem como em âmbito doméstico, se levado à efeito pelos juízes e tribunais nacionais.

O direito e a garantia fundamentais expressos no art. 5º, inc. LXXIV da CF/88 revelam que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” Essa norma é instrumentalizada por meio da Defensoria Pública⁵, instituição que tem, entre suas funções, a de promover os direitos humanos, missão que passou a ser expressamente prevista no artigo 1º, da Lei Complementar nº 80, alterado pela Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009, bem como no artigo 134 da Constituição Federal, modificado pela Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014.

² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, 2016.

³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. **El “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano, y sus anticpos en el ámbito de los derechos económicos-sociales**. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo, pp.383-384.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: O “Diálogo das Cortes” e a Teoria do Duplo Controle. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: A proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**, 2016. p. 01-40.

⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**, 2016, p.1057.

Identificou-se, assim, que uma das formas pelas quais a Defensoria Pública da União pode promover e tutelar os direitos humanos é através do controle de convencionalidade, tanto por meio de sua atuação junto ao Sistema Regional Interamericano, quanto em sua atuação perante os juízes e tribunais pátrios.

Nessa ordem de ideias, buscou-se identificar os casos em que essa atuação aconteceu, em âmbito interno, por meio de consulta aos sites dos Tribunais Superiores e Tribunais Regionais Federais, utilizando-os como exemplos para a análise do conteúdo das decisões, a partir dos quais se almeja traçar um panorama acerca da efetividade na tutela dos direitos humanos por essa via.

1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA REGIONAL AMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Raúl Canosa Usera reconhece a utilização do controle de convencionalidade pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entretanto, afirma ser o Tribunal Interamericano o vanguardista nessa temática:

A pesar de que el TEDH también ha venido evacuando un control de convencionalidad de las legislaciones internas cuando era pertinente, no lo ha argumentado en sus pronunciamientos con la rotundidad y precisión que ha empleado la Corte de San José que lo bautizó como control de convencionalidad. La diligencia de ésta ha colocado al sistema interamericano a la vanguardia en la evolución de la protección internacional, en especial por convertir a los tribunales nacionales en auxiliares suyos.⁶

Embora a expressão “controle de convencionalidade” tenha aparecido, pela primeira vez, no Sistema Regional Interamericano em voto do juiz e ex-presidente da Corte, Sergio García Ramírez, referente ao *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, de 25 de novembro de 2003⁷, Hitters afirma que o Tribunal Interamericano vem realizando, desde sempre, a verificação de compatibilidade entre o direito doméstico e a CADH.⁸

Jânia Saldanha e Lucas Vieira apontam o *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*, cuja sentença data de 17 de setembro de 1997, como um dos primeiros em que a Corte Interamericana exerceu controle de convencionalidade, ainda que sem mencionar essa expressão. Os autores

⁶ Apesar de a CEDH também ter realizado o controle de convencionalidade das legislações internas quando pertinente, não tem argumentado em seus pronunciamentos com o peso e precisão que o Tribunal de San José utiliza, o que batizou como controle da convencionalidade. A diligência deste último colocou o sistema interamericano na vanguarda da evolução da proteção internacional, especialmente por tornar os tribunais nacionais seus auxiliares. (USERA, Raúl Canosa. **El control de convencionalidad**. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2015, p.16, tradução nossa).

⁷ BAZÁN, Víctor. O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 41, p. 211, set./out. 2011.

⁸ HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, Santiago, 2009, p. 109-128,

citam o teor do parágrafo 68, em que a decisão reconheceu a incompatibilidade das leis peruanas em relação ao disposto no art. 8.4 da CADH:

68. Ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la 'propia Policía (DINCOTE)'. Por lo tanto, los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.⁹

Como dito anteriormente, o controle de convencionalidade, no Sistema Regional Americano, é dividido em controle concentrado e controle difuso, cujos aspectos são aprofundados nos tópicos subsequentes.

1.1 Controle concentrado de convencionalidade

O controle concentrado de convencionalidade, também chamado de controle próprio, original ou externo, é definido por Sergio García Ramírez como o exercício de confrontação entre atos domésticos e disposições convencionais a que um tribunal supranacional é chamado a realizar com o propósito de aferir compatibilidade entre eles, sob o império do Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹⁰

Jesus Tupã Silveira Gomes faz importante distinção entre o controle de convencionalidade, levado a efeito pela Corte Interamericana, e a responsabilidade por violação de obrigações internacionais. Em síntese, ele identifica que “somente há controle de convencionalidade quando há declaração de invalidade de ato normativo nacional – de natureza ordinária ou constitucional – frente ao *corpus juris* interamericano”. Em contrapartida, fica caracterizada a responsabilização internacional diante de outro descumprimento por parte do Estado do parâmetro mínimo de proteção estabelecido pelo Sistema Regional Interamericano.¹¹ E acrescenta que, da mesma forma como nem toda aplicação de norma constitucional caracteriza controle de constitucionalidade, também nem toda aplicação de convenção ou tratado internacional sobre direitos humanos é controle de convencionalidade.

A decisão do *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003) tem relevância na temática do controle de convencionalidade ao expressar no seu parágrafo 27, que o Estado é avalia-

⁹ Ambos os decretos-leis se referem a condutas não delimitadas estritamente pelo que poderiam ser enquadradas indistintamente dentro de um tipo penal ou de outro, de acordo com os critérios do Ministério Público e dos respectivos juízes e, como no caso examinado, da 'própria Polícia (DINCOTE)'. Portanto, os decretos-leis acima mencionados são incompatíveis com o artigo 8.4 da Convenção Americana (SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora. *Revista Libertas, UFOP*, Ouro Preto, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/255/229>>. Acesso em: 28 set. 2018.

¹⁰ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 2011, p. 126.

¹¹ GOMES, Jesus Tupã Silveira. **O controle de convencionalidade no poder judiciário brasileiro**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018, p. 38.

do por inteiro quando do exercício da jurisdição contenciosa da Corte. Isso quer dizer que a divisão de poderes do Estado não pode justificar o desrespeito às normas convencionais, “deixando suas ações fora do controle de convencionalidade que traz consigo a jurisdição do tribunal internacional.”¹²

Outro caso mencionado pela doutrina nessa temática é o *Tibi vs. Equador* (2004) em que o juiz García Ramírez traça um paralelo entre o controle de constitucionalidade levado a efeito pelas Cortes Constitucionais domésticas e o controle de convencionalidade perpetrado pelos Tribunais Internacionais¹³, especificamente no parágrafo 3º de seu voto, onde consta:

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados – disposiciones de alcance general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos¹⁴.

A partir do julgamento referente ao *Caso Almonacid Arellano vs Chile* (2006), a Corte de *San Jose* amplia o instituto do controle de convencionalidade e inaugura o entendimento de que o exercício prioritário dessa ferramenta cabe aos tribunais internos.¹⁵ “O principal objetivo do controle de convencionalidade é atribuir aos juízes nacionais a missão de deixar de aplicar as regras do direito interno opostas ao Pacto de San José da Costa Rica.”¹⁶ Significa dizer que o Tribunal Interamericano passa a desenvolver a teoria do controle difuso de convencionalidade, ou seja, aquele levado a efeito em âmbito interno pelos órgãos jurisdicionais domésticos, o que será analisado a seguir.

1.2 Controle difuso de convencionalidade

O controle de convencionalidade na via difusa, para Eduardo Ferrer Mac-Gregor, é o exame de compatibilidade que sempre deve ser realizado pelos juízes nacionais entre as

¹² COSTA RICA. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 25 de noviembre de 2003.

¹³ FLORES, Cristiano Vilhalba. **Controle de convencionalidade**: integração jurídica e legitimidade do particular, 2018, p. 130.

¹⁴ Em certo sentido, a tarefa do Tribunal assemelha-se à dos tribunais constitucionais. Estes examinam os atos impugnados – disposições de âmbito geral – à luz das regras, princípios e valores das leis fundamentais. A Corte Interamericana, por sua vez, analisa os atos que chegam ao seu conhecimento em relação às normas, princípios e valores dos tratados nos quais baseia sua jurisdição contenciosa. Em outras palavras, se os tribunais constitucionais controlam a “constitucionalidade”, o Tribunal Internacional de Direitos Humanos decide sobre a “convencionalidade” desses atos. (Tradução nossa).

¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**, 2016, p. 44.

¹⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**, 2016, p. 84.

normas do seu país e a CADH, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁷ Para Claudio Nash Rojas, o controle difuso de convencionalidade, ou seja, levado a efeito pelos órgãos do próprio Estado, não é uma nova obrigação, mas o desenvolvimento de uma figura frente ao déficit que se constata nos últimos casos que chegaram ao Sistema de Proteção aos Direitos Humanos. Os problemas que surgem decorrem da não aplicação, pelas autoridades locais, principalmente, do Poder Judiciário, das obrigações assumidas pelo Estado, que passam a ser incorporadas ao ordenamento doméstico.¹⁸

Ernesto Rey Cantor denomina o controle difuso de “controle nacional de convencionalidade” e o define como a atividade do juiz interno quando deixa de aplicar o direito doméstico, aplicando a CADH ou outro tratado, mediante um exame de confrontação normativa (direito interno com tratado) em um caso concreto e adota na decisão judicial aquele que melhor protege os direitos humanos da pessoa.¹⁹

Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos têm como característica a atuação complementar em relação ao sistema global ou onusiano de proteção. Todos eles atuam, igualmente, de modo complementar em relação ao direito interno de cada Estado-parte, de modo que os estados nacionais mantêm a primazia no processo de concretização dos direitos humanos.²⁰

Em razão da subsidiariedade da Corte Interamericana, os juízes e tribunais internos são os primeiros a serem convocados a exercer o controle de convencionalidade exatamente pela necessidade de prévio esgotamento dos recursos efetivos previstos no direito doméstico.²¹ Nesse sentido, Sergio García Ramírez vê o controle interno de convencionalidade como a recepção nacional, sistemática e organizada da ordem jurídica convencional internacional, caracterizando relevante instrumento para a construção e consolidação do sistema.²²

Corroborando esse entendimento, Raúl Canosa Usera atribui o fomento e o consequente aperfeiçoamento do controle difuso de convencionalidade à ausência no sistema interamericano de acesso direto à Corte, pois persiste o filtro da Comissão. Para compensar o escasso número de casos que a Corte aprecia, ela converteu os Estados em ativos garantidores dos direitos previstos nas convenções.²³ O autor considera o controle de conven-

¹⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, 2011, p. 531.

¹⁸ ROJAS, Claudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 2013, p. 489-509.

¹⁹ CANTOR, Ernesto Rey. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**, 2008, p. 49.

²⁰ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, 2014, p. 363-390.

²¹ JINESTA LOBO, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **El Control Difuso de Convencionalidad**. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: FUNDAp, 2012, p. 7.

²² RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, 2011, p. 127.

²³ USERA, Raúl Canosa. **El control de convencionalidad**, 2015, p. 21.

cionalidade interno a inovação mais relevante do recente constitucionalismo ibero-americano.²⁴ Essa inovação é fruto de uma construção oriunda da jurisprudência da Corte Interamericana, principalmente a partir do *Caso Almonacid Arellano vs Chile* (2006) e de outras decisões também importantes para a compreensão do instituto.

No parágrafo 124 da decisão referente ao *Caso Almonacid Arellano vs Chile* o Tribunal Interamericano constrói a ideia de que os juízes e tribunais domésticos estão sob o império da lei e que, se o Estado ratifica um tratado internacional, como a CADH, assume a obrigação de respeitar suas disposições e, por consequência, deve afastar a incidência de norma jurídica interna contrária às disposições do Tratado Internacional:

Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas a interpretação que a Corte Interamericana, interprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.²⁵

Ao apreciar o *Caso Trabajadores Demitidos do Congreso vs. Peru* (2006) a Corte avançou na temática, fixando a natureza *ex officio* do dever que recai sobre os juízes domésticos em realizar o controle de convencionalidade, colocado lado a lado com o controle de constitucionalidade. Nessa ocasião, o Tribunal Interamericano fixou o duplo dever dos órgãos jurisdicionais: controlar a constitucionalidade e a convencionalidade dos atos normativos, independente de provocação das partes:

128. *Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. [...].*²⁶

Na decisão relativa ao *Caso Cabrera Garcia e Montiel vs. México* (2010) a Corte de San Jose estendeu o dever de compatibilizar as normas domésticas com as normas internacionais a

²⁴ USERA, Raúl Canosa. **El control de convencionalidad**, 2015, p. 131.

²⁵ COSTA RICA. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2016. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de septiembre de 2016.

²⁶ 128. Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão sujeitos a ele, o que os obriga a assegurar que o efeito útil da Convenção não seja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e propósito. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não apenas um controle constitucional, mas também “convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos correspondentes regulamentos processuais. (COSTA RICA. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 24 de noviembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018, tradução nossa).

todos os níveis, deixando claro, no parágrafo 226, que as Cortes Constitucionais também devem desempenhar esse controle:

*Thus, for example, the courts of the highest hierarchy in the region have referred to and applied the control of convention, taking into account the interpretations of the Inter-American Court.*²⁷

A última decisão largamente mencionada pela doutrina acerca do controle de convencionalidade difuso se refere ao *Caso Gelman vs. Uruguai* (2011), oportunidade em que a Corte, além de impor ao Estado a revisão de uma lei doméstica, determinou que o controle de convencionalidade seja utilizado não apenas pelo Poder Judiciário, mas igualmente pelos demais poderes, ou seja, de uma obrigação dos órgãos jurisdicionais passa a ser uma obrigação de todos os poderes, incluindo, portanto, o Legislativo e o Executivo, cada qual nos limites de suas competências. Esse julgamento também fixou importantes parâmetros sobre os efeitos das decisões em controle de convencionalidade.

Nesse mesmo caso, mas no voto do juiz Eduardo Mac-Gregor Poisot, na supervisão do cumprimento de sentença, o julgador argumenta a eficácia objetiva da sentença interamericana, compreendendo-a “como norma convencional interpretada”, capaz de gerar uma vinculação indireta *erga omnes*, constituindo-se em parâmetro interpretativo mínimo da efetividade da norma convencional. Poisot segue alguns embasamentos do ex-presidente do Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, quanto aos efeitos dos julgamentos da Corte em relação aos Estados que não fizeram parte do litígio. Em suma, Poisot defende que as decisões do Tribunal da Costa Rica produzem duas consequências: a vinculação direta e obrigatória para o país condenado, nos termos dos arts. 62 e 68, da CADH, e a vinculação relativa *erga omnes* para todos os Estados-partes que não participaram do processo, fundamentada nos arts. 1.1, 2 e 62.1 da CADH.²⁸

Os tratados de direitos humanos consagram, principalmente, direitos para as pessoas e obrigações para os Estados, com validade em âmbito internacional, o que autoriza sua proteção e supervisão nesse âmbito. A comunidade internacional entendeu que para o estabelecimento da ordem mundial, a paz e a segurança de todos precisa estar fundada no eixo central, segundo o qual todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Uma ordem internacional de proteção aos direitos humanos tem como principal objetivo o fortalecimento desses direitos em âmbito nacional, em seu ordenamento jurídico e nas suas práticas.²⁹

²⁷ Assim, por exemplo, os tribunais da mais alta hierarquia da região têm referido e aplicado o controle de convencionalidade, levando em consideração as interpretações da Corte Interamericana. [...]. (COSTA RICA. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de noviembre de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 21 out. 2018, tradução nossa).

²⁸ HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad (el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana). **Revista de Processo**, 2014, p. 351-352.

²⁹ QUIROGA, Cecilia Medina. Las obligaciones de los estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: LA CORTE Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004; San Jose: CIDH, 2005. p.207-270.

Nessa ordem de ideias, o controle difuso se consagra como sendo tão ou mais importante que o controle concentrado, uma vez que sua efetividade é imediata. No controle concentrado de convencionalidade, a efetividade de uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao reconhecer a incompatibilidade de uma norma doméstica com o *corpus iuris* interamericano e determinar que o Estado-parte altere seu ordenamento jurídico ou deixe de aplicar tal norma, depende da atuação do Estado – consistente em uma ação (alterar sua legislação, adequando-a à CADH e demais tratados) ou omissão (deixar de aplicar a norma incompatível com os parâmetros convencionais). Na via difusa, tão logo seja reconhecida a inadequação da norma aos ditames internacionais, nenhuma outra atividade (ação ou omissão) do Estado faz-se necessária para que tal decisão seja efetivada, ainda que nos limites daquela demanda.

Conclui-se que negar vigência das normas internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil e justapostas à produção normativa interna, ou seja, não realizar o controle de convencionalidade, além de depor contra a efetividade dos direitos humanos representa perigoso procedimento da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais.³⁰

O controle de convencionalidade, ainda que com viés jurídico, é uma alternativa viável ao processo de criação de uma cultura atrelada ao cumprimento dos Tratados Internacionais, pois compreende a influência desses tratados no sistema processual brasileiro como forma de efetivação dos direitos humanos.³¹ Não é demasiado afirmar que esse controle é um mecanismo essencial que possibilita a efetivação dos direitos humanos fundamentais.³²

Constata-se, entretanto, que a falta de clareza e de uma posição mais sólida e diretiva, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), quanto aos critérios para realizar tal controle e da forma como solucionar eventuais conflitos entre os tratados e a ordem interna, torna mais difícil sua realização pelas instâncias ordinárias, sendo ainda escassos os exemplos de prática do controle de convencionalidade.³³

Outro fator que dificulta a aplicação do instituto é a falta de conhecimento dos Sistemas Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos – global e regionais – pelos magistrados. Estudo desenvolvido por José Ricardo Cunha avaliou o grau de efetividade dos direitos humanos na prestação jurisdicional, tomando por parâmetro os juízes de Primeira Instância da Comarca da Capital do Rio de Janeiro. O autor observou que 79% dos magistrados não têm conhecimento ou possuem apenas entendimento superficial do funcionamento dos Sistemas de Proteção da ONU e da OEA. E, embora 50% dos juízes considerem as normas de direitos humanos plenamente aplicáveis, 34,3% deles entendem que o caráter desses

³⁰ CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. O controle de convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos. **Revista da AGU**, 2015, p.133-156.

³¹ MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). **O impacto no sistema processual dos tratados internacionais**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013, p. 160.

³² PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O trabalho como um Direito Humano Fundamental e a possibilidade da aplicação do Controle de Convencionalidade à Reforma Trabalhista. **Revista dos Tribunais**, 2018, p.129-158.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle de interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, 2017, p.23-51.

direitos é subsidiário, podendo ser aplicado, eventualmente, em caso de ausência de norma específica. “Para eles, qualquer ponderação que siga norma mais específica, inclusive com conteúdo antagônico, levaria à não aplicação das normas de direitos humanos.”³⁴

2. CASOS DE ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO EM CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE

Para analisar os casos de atuação da DPU em controle difuso de convencionalidade realizou-se consulta aos sites dos órgãos do Poder Judiciário, conforme art. 92, da CF/88, quais sejam: Supremo Tribunal Federal³⁵, Superior Tribunal de Justiça³⁶, Superior Tribunal Militar³⁷, Tribunal Superior Eleitoral³⁸ e Tribunal Superior do Trabalho³⁹, além dos cinco Tribunais Regionais Federais, criados pelo art. 27, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que são: Tribunal Regional Federal da Primeira Região⁴⁰, Tribunal Regional Federal da Segunda Região⁴¹, Tribunal Regional Federal da Terceira Região⁴², Tribunal Regional Federal da Quarta Região⁴³ e Tribunal Regional Federal da Quinta Região⁴⁴.

Não integraram a pesquisa as decisões proferidas por Juízes Federais, Juízes do Trabalho, Juízes Eleitorais e Juízes Militares da União, oriundos da primeira instância do Poder Judiciário. Tal exclusão deu-se única e exclusivamente pela inviabilidade do levantamento de tão ampla gama de decisões. Segundo dados do CNJ, na 13ª edição do *Relatório Justiça em Números 2017*, ano-base 2016⁴⁵, o primeiro grau do Poder Judiciário, incluindo varas estaduais, trabalhistas e federais, juizados especiais, zonas eleitorais, auditorias militares estaduais e auditorias militares da União, é composto por 17.412 magistrados, sendo que o primeiro grau de jurisdição possui o maior quantitativo de casos novos, carga de trabalho e produtividade por magistrado e servidor da área judiciária.

Por fim, retirou-se igualmente da pesquisa os casos que envolveram os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, pois o parâmetro proposto é avaliar a

³⁴ CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justicialidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, 2005, p. 145-152.

³⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.

³⁶ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>.

³⁷ Disponível em: <https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=jurisprudencia_consulta_publica>.

³⁸ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoões/jurisprudencia>>.

³⁹ Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>.

⁴⁰ Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/portaltf1/pagina-inicial.htm>>.

⁴¹ Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/>>.

⁴² Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>.

⁴³ Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>>.

⁴⁴ Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/>>.

⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números 2017*: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

atuação da Defensoria Pública da União, sendo que cabe às Defensorias Públicas dos Estados atuarem perante os Tribunais e Juízes dos Estados, assim como é atribuição da Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios atuar perante a Justiça do Distrito Federal e Territórios.

A coleta dos casos deu-se mediante consulta à pesquisa de jurisprudência nos sites dos referidos tribunais com a inserção das expressões “Defensoria Pública da União” e “controle de convencionalidade” e parâmetro temporal a partir de 1988, uma vez que o estudo se propõe à análise da atuação da Defensoria Pública, instituição que passou a ser constitucionalmente prevista apenas com a edição da atual Carta política. Naqueles tribunais que viabilizaram consulta avançada, delimitou-se o período de 05/10/1988 a 28/03/2018 e elegeu-se sempre a forma de busca mais completa, ou seja, aquela que incluía acórdãos e decisões monocráticas.

Com esses parâmetros localizaram-se dois casos no Supremo Tribunal Federal: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP e o *Habeas Corpus* nº 148.811/AL, além de quatro processos julgados pelo Superior Tribunal Militar, todos Recursos de Apelação identificados pelos números 2016010030024, 2016010029875, 2017010031063 e 2017010032728. Nos demais Tribunais Superiores não foram encontrados resultados.

Por fim, nos Tribunais Regionais Federais localizou-se a Apelação Criminal nº 2006.51.01.517682-4, junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, e o *Habeas Corpus* nº 5045960-46.2017.4.04.0000, julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Nos Tribunais Regionais da 1ª, 3ª e 5ª Região não se encontrou nenhum caso.

2.1. Casos no Supremo Tribunal Federal

A atuação da Defensoria Pública da União (DPU) perante os Tribunais Superiores brasileiros se dá na aplicação do art. 134 da CF/88, que garante aos necessitados, defesa em todos os graus. Isso significa que o patrocínio de demandas judiciais pode se manifestar em todos os níveis de jurisdição, desde a primeira instância até as superiores.

A partir do estabelecimento dos critérios de pesquisa, foram encontrados dois casos de atuação da DPU com menção ao instituto do controle de convencionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), sendo um acórdão e uma decisão monocrática. O acórdão é oriundo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, em que a Defensoria Pública da União consta como *amicus curiae*, enquanto a decisão monocrática foi proferida no bojo do *Habeas Corpus* nº 148.811/AL, sendo a DPU a impetrante.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP foi movida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/BRASIL) em 12/02/2015 e distribuída à relatoria do ministro Luiz Fux. A parte autora requereu a declaração de inconstitucionalidade de todos os dispositivos do Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele Tribunal.

A Defensoria Pública da União atuou no processo na qualidade de *amicus curiae*, assim como a Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF) e a Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, admitidas no feito em 03/08/2015 por decisão do relator. Também se manifestaram nesta ADI o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que prestou informações, a Advocacia-Geral da União e o Ministério Público Federal (MPF).

A manifestação da DPU foi apresentada no dia 04/08/2015⁴⁶ e iniciou destacando a existência de razões de interesse público que recomendam a análise de mérito da ADI, em especial o incontável número de vidas humanas que poderia, substancialmente, ser afetado, de maneira positiva, caso reafirmada a regulamentação das audiências de custódia no Brasil.

Ademais, o feito caracterizou a regulamentação da norma prevista no art. 7.5 da CADH. Nesse ponto, a DPU referiu que, ao contrário do que argumentou a parte autora, o ato impugnado não introduziu inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, já que a CADH foi internalizada por meio do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, prevendo o seguinte em seu art. 7.5:

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

A DPU acrescentou, ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PID-CP), igualmente incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, que possui previsão semelhante no art. 9.3⁴⁷.

Em seguida, o memorial fez algumas considerações sobre a audiência de custódia e o Processo Penal brasileiro. Em primeiro lugar, pontuou sua previsão normativa em diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: CADH e PIDCP já referidos, além da Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 5.3). Num segundo momento, destacou as finalidades do ato, sendo a principal delas o ajuste do processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, além de prevenir a tortura policial e evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. Em terceiro lugar, discorreu sobre as características da audiência de custódia e, finalmente, sobre as consequências da não realização dessa espécie de audiência, o que, segundo a DPU, tornaria ilegal a prisão e, por consequência, levaria ao seu relaxamento, conforme preceitua o art. 5º, inciso LXV, da CF/88.

⁴⁶ A íntegra do memorial por ser acessada no site eletrônico do STF, 50 – Petição de apresentação de manifestação – Manifestação da DPU. Disponível em: <file:///C:/Users/dpu/Desktop/AMICUS%20CURIAE%20-%20DPU.html>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁴⁷ Art. 9.3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, à execução da sentença.

A DPU destacou que a interpretação das normas do Código de Processo Penal (CPP), com vistas ao impedimento da audiência de custódia, implicaria em perspectiva menos benéfica para o preso em comparação com as garantias asseguradas pela CADH e outros Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Conclui, portanto, que o regramento jurídico interno não passaria por um controle de convencionalidade, que impõe a aplicação da norma mais favorável, no caso, aquela prevista na CADH.

A DPU finalizou suas razões manifestando a improcedência do pedido, a fim de afastar a inconstitucionalidade do Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo.

O ministro relator, na análise do mérito, aferiu a compatibilidade das audiências de custódia com a CF/88, sendo este o objeto da ADI para, então, analisar o Provimento em questão, verificando, individualmente, cada um de seus dispositivos. Ao final, concluiu que os arts. 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento apenas explicitam disposições já previstas na CADH e no CPP, permitindo, assim, uma compreensão clara e sistemática a garantir seu fiel cumprimento. Ao não observar a exorbitância das aludidas normas regulamentares em relação à lei, que é seu fundamento de validade, concluiu pela inviabilidade do controle da sua constitucionalidade, entendendo que eventual inconformismo entre o regulamento e a lei estaria no plano da legalidade. Votou, desse modo, pelo não conhecimento da ADI quanto aos referidos dispositivos do Provimento.

Em relação aos demais artigos – 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11 – o ministro relator entendeu que veiculam comandos de mera organização administrativa interna do TJ/SP no exercício da prerrogativa, outorgada pelo art. 96, inc. I, alínea “a” da CF/88. Tais artigos, portanto, possuem seu fundamento de validade na própria Carta Magna, o que possibilita o seu controle pela via de ação direta.

Na análise da constitucionalidade desses dispositivos, o relator afirmou não haver qualquer violação à reserva de lei instituída pela CF/88, tampouco afronta material a qualquer regra da carta política. Em síntese, o relator conheceu, parcialmente, a ação, e a julgou improcedente, recomendando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os Tribunais do país.

A decisão do STF, proferida em 20/08/2015, deu-se por maioria e, nos termos do voto do relator, para conhecer, em parte a ação e, na parte conhecida, julgar pela improcedência do pedido. Apenas o ministro Marco Aurélio foi voto vencido, julgando preliminarmente extinta a ação e, no mérito, procedente o pedido formulado.

A expressão “controle de convencionalidade” somente aparece nos votos e debates dos ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Teori Zavascki mencionou a discussão acerca da hierarquia das normas de direitos humanos constantes em tratados internacionais. Afirmou que, mesmo que se atribua, conforme jurisprudência do STF, caráter supralegal (e não constitucional) a essas normas, seria cabível a realização do controle de convencionalidade para aferir a compatibilidade entre uma norma supralegal e outra legal, no caso, as regras de regência constantes no CPP e a CADH.

O ministro Gilmar Mendes mencionou a importância do debate acerca do controle de

convencionalidade, referindo que a Suprema Corte deve aclarar a forma como irá lidar com o instituto a partir de sua própria jurisprudência. Em seguida, citou o autor processualista alemão Werner Beulke, a quem atribui a conclusão sobre o quanto a adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos ampliou os direitos e garantias em âmbito europeu. E, por fim, sugeriu a leitura da Constituição brasileira à luz da normativa constante da CADH.

Já o ministro Roberto Barroso afirmou que aceitar o cabimento do controle de convencionalidade pelo STF seria uma evolução:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Aí eu vou votar divergente, porque a minha tese é: um ato normativo secundário do Tribunal de Justiça regulamentou um instituto que já está internalizado no Direito brasileiro por uma norma infraconstitucional. Portanto, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe controle de constitucionalidade em ação direta. É um ato normativo secundário que sequer questiona, do ponto de vista material, a audiência de custódia. Ele menciona a audiência de custódia apenas para dizer, sem explicar, que, diante da Convenção de Costa Rica, houve impropriedade no meio empregado no provimento conjunto. Portanto, não há nenhuma objeção ao conteúdo material da Convenção para que se faça um controle de convencionalidade se nós evoluíssemos para achar que cabe. A questão aqui é bem mais simples: um ato normativo secundar um provimento de Tribunal que não inovou no ordenamento (Inteiro Teor do Acórdão – página 69 de 83).

O entendimento majoritário do STF, desde 2008, é de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem caráter supralegal, ou seja, estão acima das leis ordinárias, porém, abaixo da CF/88. A partir da EC 45/2004, o STF inaugurou a teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, ou seja: “supralegal” para os que não foram aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, quer sejam anteriores ou posteriores à EC 45/2004, e “constitucional” para os que foram aprovados pelo rito especial.⁴⁸

Desse modo, embora no julgamento da ADI nº 5.240/SP o tema “controle de convencionalidade” tenha sido levantado na manifestação da DPU e constado nos debates e no voto de alguns ministros, ele não foi aprofundado. Ainda assim pode-se afirmar que o julgamento da demanda passou pela aferição de legalidade entre o provimento questionado e as normas convencionais e processuais. O ministro relator, nesse ponto, afirma:

Desta sorte, embora seja inadmissível a Ação Direta de Inconstitucionalidade no que toca à parte meramente regulamentar do Provimento atacado, consigno a plena legalidade daquele ato normativo, que está em total harmonia com as normas convencionais e a legislação processual vigentes, sendo obrigatória, conseqüentemente, a realização da audiência de apresentação desde logo e em todo o território nacional. (Inteiro Teor do Acórdão – página 51 de 83).

⁴⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. , 2014. p. 283.

A respeito da capacidade de a DPU interferir na decisão, embora a instituição não tenha sido a única a se manifestar, sua opinião sobre o tema central, consistente na necessidade de adaptação do processo penal brasileiro às normas internacionais de direitos humanos, foi acatada pela decisão do STF que, além de julgar pela constitucionalidade do provimento questionado, recomendou que todos os tribunais pátrios adotassem a audiência de apresentação como prática.

O segundo caso de atuação da DPU junto ao STF em que há referência ao controle de convencionalidade é o *Habeas Corpus* distribuído em 06/10/2017, com pedido liminar em que a DPU consta como impetrante, tendo se insurgido contra a decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) nº 83.238/AL, de relatoria do ministro Antonio Saldanha Palheiro.

A alegação da DPU foi de que os pacientes (duas pessoas) foram submetidos a constrangimento ilegal consistente no ato do juízo da 2ª Vara Cível e Criminal de Marechal Deodoro/AL, que converteu sua prisão em flagrante em preventiva, sem que fosse realizada audiência de custódia, o que teria violado o Pacto de São José da Costa Rica e a decisão do Plenário do Supremo Tribunal na ADPF nº 347/DF-MC. A impetrante requereu, liminarmente, que fosse determinada a realização da audiência de custódia, no prazo de 24 horas, assegurando aos pacientes o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Ação Penal nº 0700514-84.2016.8.02.0044, que tramitava em seu desfavor. No mérito, pleiteou a concessão da ordem para confirmar a liminar ou para revogar a custódia dos pacientes.

Consta na decisão monocrática que o paciente Diego dos Santos da Silva foi preso no dia 06/06/2016, e o paciente Darlan da Silva em 09/08/2016, ambos sob a acusação de que, em 06/05/2016, incidiram na conduta prevista no art. 157, § 2º, incs. I e II, do CP. Por decisão interlocutória, em 10/06/2016, o Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e Criminal de Marechal Deodoro/AL, converteu em preventiva a prisão em flagrante dos pacientes Diego dos Santos da Silva e Darlan da Silva, sem a realização de audiência de custódia.

A decisão motivou a impetração do *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de Alagoas, sob a alegação de constrangimento ilegal perpetrado em face dos pacientes pelos seguintes motivos: a) ausência da audiência de custódia; e b) ausência de comunicação das prisões à Defensoria Pública. A impetrante buscou a expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, no entanto, a ordem foi denegada pelo Tribunal de Justiça de Alagoas. Tal decisão foi alvo de Recurso Ordinário em *habeas corpus* apreciado pelo STJ, que negou provimento ao pleito sob o fundamento de que “a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais.”

O *Habeas Corpus* nº 148.811/AL foi distribuído à relatoria do ministro Dias Toffoli, que concedeu a ordem, em parte, na data de 18/10/2017, determinando a realização, em até 24 horas, de audiência de custódia, “devendo o juízo processante reapreciar a eventual necessidade de manutenção da segregação cautelar dos pacientes, bem como a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas.” (CPP, art. 319).

Posteriormente, no dia 07/11/2017, sobreveio decisão do relator reafirmando os termos da decisão antes proferida pelo STF, para determinar que o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível e Criminal de Marechal Deodoro/AL a cumprisse no que diz respeito à realização da audiência de apresentação dos pacientes. Conforme informação do juízo, tal ato não teria sido realizado, embora já tivesse ocorrido o interrogatório dos réus, estando a ação penal em vias de ser sentenciada, aguardado apenas a apresentação de alegações finais pelo órgão acusador e defesa.

O controle de convencionalidade foi identificado na decisão monocrática quando o ministro relator mencionou a argumentação do ministro Gilmar Mendes no julgamento, em 09/09/2015, da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347⁴⁹. Essa medida cautelar determinou a observância obrigatória por todos os órgãos do Poder Judiciário, dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, e determinou que, no prazo máximo de 90 dias, fossem realizadas audiências de custódia, devendo o preso ser apresentado, perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão.

Constata-se que, embora a decisão do HC nº 148.811/AL não faça referência expressa à utilização do mecanismo do controle de convencionalidade, pode-se afirmar que a análise de mérito do pedido passou pela análise de compatibilidade do ordenamento brasileiro na temática debatida, tendo como parâmetro as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial da CADH, identificando-se, no caso concreto, o conceito exato de controle de convencionalidade.

O resumo da análise desses dois casos que tramitaram no STF, consta no quadro abaixo:

⁴⁹ A referida medida cautelar na ADPF tem a seguinte ementa: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347 MC)**. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. DJe, divulgado em 18 fev. 2016, publicado em 19 fev. 2016.

Quadro 1. Resumo das conclusões do Supremo Tribunal Federal (STF)

	Assunto	Atuação da DPU	Controle de convencionalidade	Parâmetro	Resultado
ADI nº 5.240	Audiências de custódia	<i>Amicus curiae</i> em 04/08/2015	Regulamentar as audiências de custódia no Brasil significa adequar o processo penal aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos	CADH: art. 7.5 PIDCP: art. 9.3	Ação conhecida em parte e julgada improcedente para reconhecer a constitucionalidade do provimento questionado
HC nº 148.811	Audiências de custódia	Impetrante em 06/10/2017	Não realização de audiência de custódia viola a CADH	CADH: art. 7.5	Concedida a ordem, em parte, para determinar a realização da audiência de custódia

Fonte: dados da pesquisa (2019).

2.2 Casos no Superior Tribunal Militar

O Superior Tribunal Militar (STM) é órgão da Justiça Militar, conforme preceitua o art. 122, inc. I, da CF/88, a quem compete julgar as apelações e os recursos de decisões dos juízes de primeiro grau, nos termos do art. 6º, inc. II, alínea c, da Lei nº 8.457/1992. A Justiça Militar da União tem competência, definida no art. 124 da CF/88, para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, portanto, todos os casos que chegam à Superior Corte Castrense envolvem matéria penal.

A pesquisa de processos junto ao site do Superior Tribunal Militar não admite a demarcação de período, tampouco o tipo de decisão que se almeja encontrar, podendo ser inseridas apenas as palavras-chave: “Defensoria Pública da União” e “controle de convencionalidade”.

Na referida consulta foram encontrados quatro resultados, assim identificados: (a) 2016010030024, classe: Apelação; assunto: desacato a militar, desacato e desobediência, crimes contra a administração militar, direito penal militar; Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz; data da atuação: 2016; (b) 2016010029875, classe: Apelação; Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz; data da atuação: 2016; (c) 2017010031063, classe: Apelação; Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz; data da atuação: 2017; (d) 2017010032728, classe: Apelação; Relator: Péricles Aurélio Lima de Queiroz; data da atuação: 2017. Os referidos acórdãos passam a ser investigados a seguir.

Os Acórdãos nº 199-68.2015.7.01.0101, 063-41.2015.7.02.0102 e 096-31.2015.7.02.0102 consistem no julgamento de Recursos de Apelação e foram distribuídos à relatoria do ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Em todos eles houve a condenação do acusado em primeira instância, por unanimidade, a uma pena de 01 (um) ano de reclusão pela prática do delito tipificado no art. 290 do CPM.

O pedido de reforma da sentença apresentado pela DPU, entre outros fundamentos, defendeu a inconvenção do art. 290, do CPM, frente à Convenção de Nova Iorque (Decreto nº 54.216/64) e à Convenção de Viena (Decreto nº 154/91), porquanto tais diplomas internacionais, na interpretação da defesa, vedam a imposição de pena privativa de liberdade aos usuários de drogas.

Tal alegação, no entanto, em todos os processos, foi afastada pelo ministro relator com os seguintes argumentos: (a) inexistência de inconvenção porque as referidas convenções, embora ressaltem de forma expressa a importância do tratamento e reabilitação dos usuários de entorpecentes, não vedam a possibilidade de que sejam condenados pelos crimes que praticam; (b) menção de que o delito tutela bem jurídico coletivo, consistente na saúde pública do ambiente da caserna, cuja lesividade ultrapassa a esfera individual, pois os militares manuseiam armamento, podendo, por essa razão, colocar em risco, além da sua integridade, a de terceiros; (c) *status* supralegal que ostentam as referidas convenções – e não constitucional – por força de sua não aprovação nos moldes do art. 5º, § 3º, da CF/88, não podendo se sobrepor aos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, vetores da vida castrense; e (d) além de convencional, o art. 290 do CPM é, também, constitucional, pois conforme entendimento da Suprema Corte, aplica-se o princípio da especialidade normativo-penal, prevalecendo, assim, a penalidade prevista do Direito Penal Militar, mesmo que mais severa se comparada à legislação penal comum.

Os três casos aqui tratados revelam que, embora a norma questionada, o art. 290 do Código Penal Militar tenha *status* legal e o parâmetro para a aferição de sua (in)convenção tenha considerado dois tratados internacionais com *status* supralegal⁵⁰, a fundamentação que afastou o pedido da DPU foi além e encontrou fundamento constitucional para amparar a vigência do art. 290 do CPM, de modo a entender inviável o reconhecimento, quer da inconstitucionalidade ou da inconvenção desse dispositivo legal.

Outra particularidade identificada nos casos apresentados anteriormente foi o parâmetro para o pedido de aferição da convenção do dispositivo legal questionado, consistente em normas do sistema global de direitos humanos e não do sistema regional, como nas demais situações encontradas. Isso pode ter fragilizado o pleito, já que um dos principais argumentos para a realização do controle de convenção, no âmbito do Sistema Regional Interamericano, é evitar uma possível responsabilização internacional do Estado brasileiro por violação a tratados e convenções por ele ratificados.

A apelação registrada sob nº 154-55.2015.7.01.0201, oriunda do Estado do Rio de Ja-

⁵⁰ Os acórdãos analisados atribuem *status* supralegal à Convenção de Nova Iorque (Decreto nº 54.216/64) e à Convenção de Viena (Decreto nº 154/91), aplicando o entendimento da doutrina internacionalista, segundo a qual mesmo os tratados internacionais comuns, ou seja, aqueles que não tratam sobre direitos humanos, têm nível supralegal, em decorrência da previsão do art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. A jurisprudência brasileira, entretanto, ainda não é pacífica, havendo posicionamento, inclusive do STF, de que tais tratados teriam o mesmo valor de lei ordinária (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p.105-106).

neiro, expõe que a DPU se insurgiu contra a condenação proferida em primeira instância em desfavor de Douglas Fritz Correia, civil, condenado à pena de 06 (seis) meses de detenção pelo cometimento do crime previsto no art. 299 do CPM. O recurso também teve como relator o ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz.

A tese apresentada pela DPU, neste caso, foi a inconvenção do art. 299 do CPM, sob o argumento de que a Corte IDH já concluiu ser o crime de desacato incompatível com o art. 13 da CADH, porque se presta “ao abuso como um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares, reprimindo, desse modo, o debate que é crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas.”

No julgamento, entretanto, o STM entendeu que o referido tipo penal é compatível tanto com a CF/88 quanto com a CADH, não sendo constatada na criminalização do desacato nenhuma ofensa aos princípios constitucionais. O entendimento exposto foi no sentido de que o delito possui como objeto jurídico a Administração Militar, sendo necessário garantir que a instituição investida de autoridade seja respeitada por todos os cidadãos, o que se consubstancia por meio da criminalização dessa conduta.

A compatibilidade desse tipo penal militar com o ordenamento jurídico brasileiro e as normas internacionais foi objeto de análise pelo STF que, no julgamento do HC nº 141.949/DF, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, bem como do HC nº 145.882-Agr/BA, de relatoria do ministro Roberto Barroso, assentou a recepção desse crime pela Constituição Federal de 1988, bem como sua compatibilidade com o disposto no art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica.

A respeito do delito de desacato tipificado na legislação penal comum cabe mencionar que foi objeto de controle de convencionalidade pelo STJ. No dia 15/12/2016, a Quinta Turma do STJ julgou o Recurso Especial nº 1.640.084/SP, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e reconheceu que a tipificação criminal do desacato deveria ser afastada em atenção às normas de Direito Internacional. Posteriormente, porém, em 24/05/2017, a Terceira Seção da referida Corte uniformizou o entendimento de que o art. 13 da CADH não exclui do ordenamento jurídico a figura típica do crime de desacato, quando proferiu decisão no *Habeas Corpus* nº 379.269/MS.

O Quadro 2, a seguir, sintetiza os processos analisados:

Quadro 2. Síntese das conclusões do Superior Tribunal Militar (STM)

Acórdão	Origem	Assunto/réu	Controle de convencionalidade	Parâmetro	Resultado
199-68.2015.701.0101	RJ	Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (art. 290, CPM) /Réu militar	Os diplomas internacionais (parâmetros) vedam a imposição de pena privativa de liberdade aos usuários de drogas	Convenção de Nova Iorque (Decreto nº 54.216/64) e Convenção de Viena (Decreto nº 154/91)	Negado provimento
063-41.2015.7.02.0102	SP				
096-31.2015.7.02.0102	SP				
154-55.2015.7.01.0201	RJ	Desacato a militar (art. 299, CPM) /Réu civil	A tipificação do desacato se presta a silenciar ideias e opiniões impopulares, reprimindo, desse modo, o debate crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas	CADH: art. 13	Negado provimento

Fonte: dados da pesquisa (2019).

2.3 Casos nos Tribunais Regionais Federais

Os Tribunais Regionais Federais (TRFs), juntamente com os juízes federais, constituem os órgãos da Justiça Federal nos termos do art. 106, da CF/88. O art. 110 da Carta Magna estabelece que cada Estado e o Distrito Federal constituirão uma seção judiciária que terá por sede a respectiva capital. Por meio do art. 27, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foram criados cinco Tribunais Regionais Federais.

Buscas realizadas no site eletrônico do TRF2 revelaram a Apelação Criminal nº 2006.51.01.517682-4, relacionada ao processo que tramitou originalmente perante o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Na origem, em 24/06/2003, foi recebida denúncia em desfavor de Vera Lucia Baamonde da Silva e outros 23 corréus, imputando-lhes a prática do delito de peculato, tipificado no art. 312 do CP. O ato foi perpetrado por meio da inserção de dados necessários à concessão de seis benefícios fraudulentos no sistema informatizado do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) durante o período de agosto de 1988 a setembro de 1996.

Os 23 corréus foram sentenciados em 14/11/2005 nos autos da Ação Penal nº 99.00462661, porém, a acusada Vera Lucia Baamonde da Silva teve a ação suspensa em razão de doença mental, que durou entre 19/06/2006 e 18/12/2012, quando foi atestado o seu restabelecimento.

Após instrução processual e apresentação de memoriais escritos pelo Ministério Público e pela defesa, sobreveio sentença que condenou a acusada às sanções do art. 312, *caput*, combinado com o art. 71, ambos do CP, a uma pena privativa de liberdade de oito anos e dois meses de reclusão, em regime inicial fechado; ao pagamento de 60 dias multa, considerando cada dia multa como um terço do salário mínimo vigente à época dos fatos; à perda do cargo público e cassação de eventual ato de aposentadoria, com efeitos a partir do trânsito em julgado da condenação e ao pagamento das custas processuais.

O Recurso de Apelação apresentado pela DPU alegou, preliminarmente, a nulidade do feito desde o interrogatório, em razão da inversão dos atos processuais, uma vez que a juntada das cartas precatórias referentes à oitiva das testemunhas de acusação deu-se após a audiência de instrução e julgamento na qual a ré foi interrogada, motivo pelo qual restou violada a ampla defesa.

Essa preliminar já havia sido arguida pela defesa em seus memoriais, porém, foi afastada pelo juízo *a quo*, com fundamento no art. 222, §§ 1º e 2º do CPP, afirmando a inexistência de nulidade no fato de as cartas precatórias de duas testemunhas arroladas pela acusação terem sido juntadas após o interrogatório da ré. A teor do CPP, sua expedição não suspende o curso da instrução criminal, tampouco obsta o julgamento se já decorrido o prazo estipulado para o seu cumprimento.

A desembargadora revisora, Simone Schreiber, em seu voto, no entanto, reconheceu que a previsão do art. 222 do CPP, viola as garantias mínimas estabelecidas no art. 8º da CADH (Pacto de San José da Costa Rica). E menciona que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conforme entendimento do STF no julgamento em conjunto do HC nº 87.585TO, do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343SP e do RE nº 349.703, assumem *status* supralegal no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tornam inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitante.

A decisão menciona, inclusive, o julgamento da ADI nº 5.240/SP, anteriormente analisada, que tratou da regulamentação pelo TJ/SP das audiências de custódia, em que o STF valeu-se da tese de paralisação da eficácia das normas legais por aquelas supralegais, mencionando, como hipótese, o teor do art. 7.5 da CADH.

A relatora concluiu dando provimento à apelação criminal da ré para anular a sentença prolatada em primeira instância, determinar que se proceda novo interrogatório da acusada e, por fim, prolatar outra sentença de mérito.

A decisão final da Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu-se por maioria, nos termos do Relatório e Voto da Desembargadora Revisora, vencido o Desembargador Relator, que afastava a alegação e nulidade pela inversão dos atos processuais e, no mérito, dava parcial provimento ao recurso.

Nesse processo, o controle de convencionalidade está relacionado à aferição de compatibilidade de um dispositivo do Código de Processo Penal frente à CADH. A decisão que reconheceu a inadequação do procedimento às garantias constantes na Convenção Internacional levou em consideração o *status* supralegal da CADH, conforme jurisprudência dominante do STF.

O segundo caso de atuação da DPU em controle de convencionalidade difuso foi localizado em consulta à pesquisa de jurisprudência realizada no site eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Trata-se do *Habeas Corpus* nº 5045960-46.2017.4.04.0000, impetrado pela DPU em favor de Humberto Mole Matias e contra ato do Juízo Substituto da 1ª Vara Federal de Pelotas/RS, que rejeitou o pleito de absolvição sumária, determinando o prosseguimento do feito, com designação de data para audiência de instrução.

Conforme o relatório do HC, no dia 29/05/2017, foi recebida a denúncia em desfavor do paciente que teria cometido, em tese, os delitos previstos nos arts. 149 e 331, na forma do art. 69, todos do CP. Em resposta à acusação, a defesa pleiteou a sua absolvição sumária, fundamentada na atipicidade da conduta quanto ao crime de desacato. Em relação ao delito de ameaça, o fundamento foi o conflito aparente de normas a ser resolvido pelo princípio da consunção – teses que foram rejeitadas pelo juízo *a quo*, que determinou o prosseguimento do feito e a designação de audiência de instrução.

A alegação da DPU, em síntese, é de que a imputação pelo crime de desacato é incompatível com a garantia à liberdade de expressão, garantida pelo art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, impondo-se a adoção do controle de convencionalidade para reconhecer atípica a conduta, impedindo indevida persecução penal.

Quanto à imputação pelo crime de ameaça, a defesa sustenta haver aparente conflito de normas a ser resolvido pelo princípio da consunção, pois as condutas se inserem no mesmo contexto fático, ocorrido num mesmo momento e contra a mesma vítima, razão pela qual, absorvido pelo delito mais grave (desacato), se tem caracterizada hipótese de pós-fato impunível.

O pedido liminar foi indeferido em 22/08/2017 e, no dia 12/09/2017, a 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, denegou a ordem, sob o argumento de que as teses defensivas demandam aprofundado exame de provas, a ser objeto da pertinente instrução criminal. Não autorizou, portanto, o prematuro trancamento da ação penal, cuja inicial acusatória refere comprovação da materialidade delitiva e suficientes indícios de autoria delitiva.

No caso em apreço, a alegação de (in)convencionalidade também teve a CADH como parâmetro, e está relacionada ao tipo penal de desacato, que foi objeto de um dos casos analisados de atuação da DPU junto ao STM. Constata-se que a decisão do TRF4, além de entender que o momento processual não era adequado para a análise aprofundada dos argumentos – em resposta à acusação e, portanto, antes da instrução da ação penal – reproduziu o entendimento dos Tribunais Superiores, como referido anteriormente, já que tanto o STJ (desacato na legislação comum) quanto o STF (desacato na legislação penal militar) formaram entendimento de que o delito de desacato é compatível com a CADH, sendo igualmente compatível com a CF/88.

O resumo dessas conclusões consta no Quadro 3 abaixo:

Quadro 3. Síntese das conclusões dos Tribunais Regionais Federais (TRF)

	Origem	Crime(s)	Assunto	Controle de convencionalidade	Parâmetro	Resultado
TRF2 Apelação Criminal nº 2006.51.01.517682-4	RJ	Peculato (art. 312, CP)	Direito processual penal	Art. 222, CPP viola a CADH (<i>status</i> supralegal)	CADH: art. 8º	Dado provimento à apelação para anular a sentença
TRF4 HC nº 5045960- 46.2017.4.04.0000	RS	Desacato (art. 331, CP)	Direito penal	Desacato: atipicidade frente à CADH	CADH: art. 13	Denegada a ordem

Fonte: dados da pesquisa (2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação aos casos levantados junto ao STF, pode-se afirmar que ambos tratam da mesma temática, atinente ao Direito Processual Penal, consistente na necessidade de realização das audiências de custódia ou audiências de apresentação, como denominado pelo STF em suas decisões. O pedido da DPU apresenta o mesmo parâmetro da CADH, qual seja, o art. 7.5, sendo que, na ADI, há, ainda, o acréscimo de outra norma de Direito Internacional, oriunda do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP, art. 9.3).

O resultado, nas duas ações, atendeu aos parâmetros requeridos pela DPU, no sentido de considerar necessária a realização dessa espécie de audiência, sob pena de tornar inválida a prisão, tendo sido reconhecida a constitucionalidade do provimento na ADI e concedida, em parte, a ordem do *Habeas Corpus*. Por fim, cabe consignar que, embora não conste expressamente nas decisões analisadas, conclui-se que o STF realizou controle de convencionalidade ao aferir a compatibilidade do ordenando jurídico brasileiro, tendo por parâmetro as normas internacionais de direitos humanos.

No STM foi encontrado o maior número de casos de atuação da DPU utilizando o controle de convencionalidade, entretanto, em nenhum deles houve o reconhecimento do pedido, sendo negado provimento a todos os Recursos de Apelação. Nos três processos que tratam do delito previsto no art. 290 do CPM (tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar), os parâmetros utilizados pela DPU para requerer a realização do controle de convencionalidade, foram convenções oriundas do sistema onusiano de proteção aos direitos humanos: a Convenção de Nova Iorque e a Convenção de Viena.

No outro caso, relacionado ao delito de desacato a militar (art. 299 do CPM), o parâmetro advém do principal documento do Sistema Regional Interamericano: a CADH, havendo precedentes tanto no STJ (delito de desacato tipificado na legislação penal comum), quanto no STF (crime de desacato tipificado na legislação castrense) acerca da compatibilidade de ambos os ilícitos penais com o Pacto de São José da Costa Rica.

Ambos os casos encontrados nos Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 4ª Região tratam de matéria penal e processual penal e tiveram como parâmetro o pedido de realização do controle de convencionalidade perante normas da CADH. A Apelação Criminal julgada pelo TRF2 acolheu o pedido da DPU para reconhecer mais benéfica a norma de Direito Internacional, em comparação com o ordenamento jurídico pátrio. O *Habeas Corpus* apreciado pelo TRF4, no entanto, não acolheu os argumentos da DPU, denegou a ordem, reproduzindo o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores acerca da compatibilidade do delito de desacato frente à CF/88 e à CADH.

A partir do levantamento e análise dos referidos casos tem-se um panorama da atuação da DPU na defesa dos direitos humanos por meio do controle de convencionalidade, podendo-se concluir que a atuação da DPU ao requerer ao Poder Judiciário a aferição de compatibilidade entre normas domésticas e tratados internacionais de direitos humanos deu-se em matéria Penal e Processual Penal. Sobre a efetividade dos pedidos, houve o atendimento dos pleitos da DPU junto ao STF, no entanto, perante o STM, nenhuma decisão foi favorável. Nos TRFs pode-se considerar que um dos casos foi positivo, enquanto no outro não se obteve a tutela dos direitos humanos requerida.

Importante notar que, em nenhum dos casos que tramitaram nos Tribunais domésticos houve menção ao princípio *pro homine*, segundo o qual se deve buscar, no caso concreto, a norma mais favorável à tutela dos direitos humanos, podendo levar à aplicação do Direito Interno, se mais protetivo em relação às normas internacionais, com fundamento no art. 29 da CADH. O que se nota é que a aferição de compatibilidade entre o Direito Interno e as normas internacionais de direitos humanos segue a lógica tradicional da pirâmide hierárquica das normas e, muitas vezes, o *status* supralegal – e não constitucional – desses tratados e convenções internacionais representa óbice à sua aplicação.

Do panorama traçado nesta pesquisa constatam-se algumas limitações em âmbito interno, por exemplo, relativas à inexistência da atuação da DPU por meio do controle de convencionalidade perante o Superior Tribunal de Justiça e junto à maioria dos Tribunais Regionais Federais, já que dos cinco existentes identificou-se apenas um caso em dois deles.

Ainda assim, identifica-se o mecanismo do controle de convencionalidade como instrumento para a tutela dos direitos humanos, seja perante o Sistema Interamericano ou perante os Tribunais pátrios, porquanto se caracteriza em nova doutrina que prestigia os direitos humanos e promove uma interlocução entre o Direito Interno e o Direito Internacional, com enfoque na maior proteção ao indivíduo.

REFERÊNCIAS

BAZÁN, Victor. O controle de convencionalidade e a necessidade de intensificar um adequado diálogo jurisprudencial. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 8, n. 41, p. 218-235, set./out. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347 MC)**. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. DJe, divulgado em 18 fev. 2016, publicado em 19 fev. 2016.

CALETTI, Leandro; STAFFEN, Márcio Ricardo. O controle de convencionalidade pela via difusa como forma de otimização e exigibilidade dos direitos humanos. **Revista da AGU**, Brasília, v. 14, n. 4, p. 133-156, out./dez. 2015.

CANTOR, Ernesto Rey. Controles de convencionalidad de las leyes. In: FERRER MACGREGOR POISTOT, Eduardo; ZALDÍVAL LELO DE LARREA, Arturo (coords.). **La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho**, t. 09. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008. p.225-262. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2562/16.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2018.

CANTOR, Ernesto Rey. **Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos**. México: Editorial Porrúa, 2008.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade? In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p.233-277.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 363-390, jun. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Justiça em números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13 fev. 2019.

COSTA RICA. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 25 de noviembre de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

COSTA RICA. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 24 de noviembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

COSTA RICA. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de noviembre de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

COSTA RICA. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. São Jose, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

COSTA RICA. **Caso Gelman vs. Uruguay**. Sentencia de 24 de febrero de 2011. (Mérito, Reparaciones e Custas). San Jose, 24 de febrero de 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

COSTA RICA. **Atala Riffo y Niñas vs. Chile**. Sentencia de 24 de febrero de 2012. (Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 24 de febrero de 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 31 out. 2018.

COSTA RICA. **Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2016. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose, 26 de septiembre de 2016. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

CUNHA, José Ricardo. Direitos humanos e justicialidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 2, n. 3, p.140-172, 2005.

FLORES, Cristiano Vilhalba. **Controle de convencionalidade**: integração jurídica e legitimidade do particular. Curitiba: Juruá, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. **O controle de convencionalidade no poder judiciário brasileiro**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad (el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 234, p.345-361, ago. 2014.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, Santiago, Año 7, nº 2, p. 109-128, 2009. Disponível em: <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/control_de_constitucionalidad_y_de_convencionalidad_criterios.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

JINESTA LOBO, Ernesto. Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **El Control Difuso de Convencionalidad**. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: FUNDAp, 2012. Disponível em: <http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20EJERCIDO%20POR%20LOS%20TRIBUNALES%20Y%20SALAS%20CONSTITUCIONALES.PDF>. Acesso em: 28 set. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control de difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, Santiago, Año 9, n.2, p.531-622, 2011. Disponível em: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, José Luis Bolzan de (Coord.). **O impacto no sistema processual dos tratados internacionais**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/impacto-no-sistema-processual-tratados-internacionais.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ROCHA, Matheus Lins. O trabalho como um Direito Humano Fundamental e a possibilidade da aplicação do Controle de Convencionalidade à Reforma Trabalhista. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 990, p.129-158, abr. 2018.

QUIROGA, Cecilia Medina. Las obligaciones de los estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: LA CORTE Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004; San Jose: CIDH, 2005. p.207-270.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla**, México, año 5, n° 28, p.123-159, jul./dic. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a7.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: O “Diálogo das Cortes” e a Teoria do Duplo Controle. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: A proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016. p.01-40.

ROJAS, Claudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, Año 19, p.489-509, 2013. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da lei de anistia brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681-706, jul./dez. 2013.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizador. **Revista Libertas, UFOP**, Ouro Preto, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/255/229>>. Acesso em: 28 set. 2018.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **El “Control de Convencionalidad” en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales**. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018, pp.383-384.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle de interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Processo**, São Paulo, v.266, p.23-51, abr. 2017.

USERA, Raúl Canosa. **El control de convencionalidad**. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 2015.