

Controle de convencionalidade não deve partir apenas da interpretação

28/12/2016

Precipuamente, o controle de convencionalidade não é objeto de recentes construções doutrinárias. Com efeito, esse mecanismo já encontra certa profundidade de análise na comunidade europeia, cujo bloco político confere peso significativo aos tratados internacionais dos mais variados temas.

Sob o ângulo do direito brasileiro, o controle de convencionalidade se divide em internacional e nacional.

Primeiramente, o controle de convencionalidade internacional consiste na atividade de fiscalização dos atos e condutas dos Estados por órgãos compostos por julgadores independentes, de criação de tratados internacionais.

Reconhece Carvalho Ramos a existência unicamente do controle de convencionalidade internacional, pelos seguintes motivos:

- (i) a decisão proferida no âmbito doméstico não tem a aptidão de vincular a atuação do juiz do órgão internacional, de modo que somente este figura como intérprete autêntico;
- (ii) o controle de convencionalidade nacional não tem o condão de fiscalizar o Poder Constituinte Originário, enquanto que o controle de convencionalidade internacional pode fazê-lo; e
- (iii) o controle de convencionalidade nacional se sujeita à hierarquia do tratado internacional ratificado e tomado como parâmetro à luz do ordenamento jurídico^[1].

Já Mazzuoli prestou contributo ao desenvolvimento do controle de convencionalidade nacional^[2]. Conforme essa proposta, o controle de convencionalidade tem a finalidade de conformar a legislação brasileira com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país.

Nesse viés, a legislação nacional é tida como objeto, enquanto que os tratados internacionais de direitos humanos são considerados como parâmetros ou paradigmas, a ponto de ampliar a parametricidade constitucional.

Destarte, somente será necessário recorrer ao controle de convencionalidade diante da seguinte situação: se a legislação interna (objeto) estiver em compatibilidade com a Constituição, mas não estiver em harmonia com os tratados internacionais de direitos humanos (paradigmas ou parâmetros), dando-se azo às normas constitucionais inconventionais.

Nesse sentido, a Constituição e os tratados internacionais se unem para a construção de um direito infraconstitucional harmonioso e sistemicamente coerente, possibilitando a existência de uma ordem jurídica interna perfeita e, via de consequência, um Estado Constitucional e

Humanista de Direito.

Ressalta-se, de antemão, que as bases humanistas do direito penal mínimo são impostergáveis à luz do Estado Democrático de Direito, tendo por função primordial a proteção de bens jurídicos indispensáveis à existência humana, tanto na perspectiva individual como supraindividual, em homenagem aos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da dupla face da proporcionalidade, da proibição ao retrocesso (“efeito cliquet”) e, acima de tudo, da dignidade humana.

Privilegia-se, assim, um direito penal intergeracional, que seja lastreado nas mais diversas dimensões dos direitos fundamentais, a ponto de assegurar um piso mínimo existencial e, ao mesmo tempo, servir de limitação a arbitrariedades, garantindo a permanência de presentes e futuras gerações^[3].

Festeja-se, ademais, a separação dos poderes no regime democrático, com supedâneo na teoria dos “freios e contrapesos” (“checks and balances”), de sorte que são irrenunciáveis a autonomia e a competência do Poder Judiciário e dos órgãos essenciais à função jurisdicional.

Reconhece-se, nessa senda, que a Defensoria Pública, nos termos do artigo 134 da Constituição, assume posição louvável e de vanguarda no cenário nacional, eis que imprescindível à orientação jurídica, à promoção dos direitos humanos e à defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do artigo 5º da Magna Carta.

Em dezembro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.640.084/SP, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, firmou o entendimento pela “descriminalização” do desacato (artigo 331 do Código Penal).

No caso em tela, o agente foi condenado por crime de roubo a uma pena de cinco anos e cinco meses de reclusão, por ter subtraído uma bebida avaliada em R\$ 9,00, oportunidade em que teria desacatado os policiais por resistir à ordem de prisão.

De acordo com o respeitável posicionamento, a tipificação dessa conduta é incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário. Vale dizer, o crime de desacato não se coaduna com o regime democrático, a liberdade de expressão e o direito à informação, não só pela inconstitucionalidade do tipo em comento com a Constituição brasileira de 1988, senão também pela inconveniência com recentes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e tratados internacionais, tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão.

Segundo o Ministro Relator, essa tipificação penal também representa um contrasenso ao humanismo, eis que o Estado se encontraria em preponderância ao indivíduo, de modo que a existência do delito serviu de abuso de poder pelas autoridades ao longo do tempo, a ponto de suprimir os direitos fundamentais do indivíduo, mormente a liberdade de expressão.

Salienta-se que essa decisão é válida apenas para o caso em concreto, embora possa ser invocada como precedente em outros processos.

Foi decidido, nada obstante, que o reconhecimento da inconstitucionalidade e da inconvenção do desacato não autoriza o desrespeito aos agentes públicos no exercício da função, de modo que deve se prezar pelo direito de resposta, pela indenização civil e, eventualmente, pela caracterização de crimes contra a honra.

Em 04 de julho de 2016, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento dos autos do processo n. 0013156-07.2015.8.19.0008, em decisão proferida no Juizado Especial Criminal Adjunto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Belford Roxo, também apresentou o mesmo entendimento, declarando incompatível o crime de desacato por meio dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade^[4].

Entende-se, assim, que o controle de convencionalidade é uma realidade sob a ótica dos direitos humanos, de modo que sua necessidade é inquestionável e fundamental para a promoção e proteção desses direitos, máxime dos direitos sociais e dos grupos de vulneráveis. Contudo, esse controle deve ser objeto de uma leitura mais acurada na perspectiva do ordenamento pátrio.

Primeiramente, esse tema guarda relação com a atuação do Poder Judiciário brasileiro.

Com efeito, o artigo 92 da Constituição contempla a estrutura e organização do Poder Judiciário, tanto do ponto de vista estático ou estrutural dos órgãos, como do dinâmico ou de funcionamento de cada um dos órgãos.

Como se sabe, cabe ao Supremo Tribunal Federal atuar como guardião da Constituição, estabelecendo padrões interpretativos do Texto Constitucional em todo território nacional.

De acordo com o artigo 102 da Magna Carta, o Pretório Excelso exerce ampla competência, que se divide em:

- (i) originária, em que atua no julgamento das ações diretas de constitucionalidade, que se destinam à verificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei;
- (ii) ordinária, em que atua no julgamento de recursos apresentados em mandados de segurança impetrados originariamente no Superior Tribunal de Justiça; e
- (iii) extraordinária, em que atua no julgamento dos recursos extraordinários, que buscam contrastar as decisões dos demais órgãos jurisdicionais brasileiros sobre a interpretação do direito constitucional em todo território nacional.

Assim, cabe à Suprema Corte realizar o controle de constitucionalidade nos casos de incompatibilidade (vertical) das leis internas com a Constituição brasileira.

Dessa forma, parte da doutrina brasileira trasladou o procedimento do controle de constitucionalidade para fundamentar o controle de convencionalidade nacional, tanto no plano concentrado como no difuso.

Em que pesem os importantes contributos doutrinários, entende-se que o procedimento do controle de convencionalidade deve ser melhor lapidado no direito brasileiro, a ponto de priorizar a atuação do Supremo Tribunal Federal na interpretação da Constituição e, acima de tudo, dos tratados internacionais, especialmente de direitos humanos.

Decerto, o controle de convencionalidade, da forma como se apresenta atualmente, pode ser amplamente utilizado pelos diversos tribunais no Brasil, retirando do Supremo Tribunal Federal, em certa parte, a função de guardião da Constituição e, via de consequência, dos textos internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

Em um segundo momento, esse controle resvala na dissensão sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Certo é que a jurisprudência brasileira já se ocupou em determinar, ao menos em parte, a hierarquia dos tratados internacionais no Brasil, sobretudo no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, em dezembro de 2008, cuja decisão encampou a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados antes da EC 45/2004 — é dizer, seguindo as regras do procedimento comum, estampadas no artigo 5º, §2º, da Lei Fundamental.

Entende-se, sem prejuízo, que ainda não há uma definição sólida e harmoniosa acerca da hierarquia dos tratados internacionais no Brasil, havendo regras que, a despeito de sua importância para a proteção dos direitos humanos, não são detalhadas e que, em grande parte, se voltam unicamente à internacionalização de tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo do §3º do artigo 5º da Lei Fundamental^[5], deixando de priorizar os de demais naturezas.

Exemplificativamente, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, da qual o Estado brasileiro é signatário, é de suma importância para a prevenção e repressão da criminalidade organizada no Brasil.

De acordo com o atual panorama, essa convenção assume o “*status*” de supralegalidade no âmbito dos tratados internacionais. Observa-se, porém, que há uma incongruência nessa hierarquia, pois, para parcela da doutrina, o combate ao crime organizado decorre de um mandado de criminalização implicitamente previsto na Constituição.

Assim, indaga-se: como essa matéria pode se situar em nível da Constituição e, ao mesmo tempo, da supralegalidade, considerando a Convenção de Combate ao Crime Organizado?

Em outra perspectiva, o controle de convencionalidade também desperta controvérsias no campo do direito penal.

Assinala-se, *concessa venia*, que, na decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça, não há que se falar em “*descriminalização*” do desacato, mas, tecnicamente, em fato atípico à luz do conceito analítico de crime, tendo em vista que o delito não restou configurado no caso concreto. Não foi sequer discutida a fio a dignidade penal do tipo em questão, com vista a fundamentar a descriminalização por ausência de bem jurídico-penal.

Reconhece-se, a partir da hermenêutica e da interpretação jurídicas, que os julgadores apresentam uma ampla responsabilidade de dizer o direito então desconhecido nos ordenamentos, atuando como verdadeiros garantes do Estado Constitucional^[6].

Contudo, o povo é titular do poder, eis que escolhe os encarregados pela elaboração das normas de comportamento. Destarte, ganha expressão a atuação do Poder Legislativo, notadamente do Senado Federal e da Câmara dos Deputados na confecção das normas penais incriminadoras, considerando a carga axiológica de dada sociedade, ou seja, dos bens jurídicos penalmente relevantes.

Preleciona Moura Teles que *“É a sociedade que escolhe um grupo de indivíduos e confere-lhes o dever e o direito de construir as figuras consideradas crimes, estabelecer penas e outras regras relativas aos infratores das normas.”* ^[7].

Complementa Liszt que o direito penal é fundado sobre três dogmas, a saber: (i) dogma da infração, de modo que onde não há infração penal não há lei (*“ubi non est lex nec praevaricatio”*); (ii) dogma da imputação, pois não há delito sem lei que o defina (*“nullum delictum sine lege”*); e (iii) dogma da punição, posto que não há pena sem lei (*“nulla poena sine lege”*).

Dessa arte, o silogismo legislativo do direito penal abrange:

(i) a disposição precisa da infração penal; e

(ii) a sanção correlata.

Dessa arte, a norma penal é de direito público e de força cogente, descrevendo um comportamento e um resultado desvalorados juridicamente, que, se concretizados pelo agente, impõe-lhe a aplicação de uma sanção penal.

E, em observância ao princípio da separação dos poderes, cabe à União legislar sobre matéria penal, consoante o disposto no artigo 22, I, da Constituição Federal. Assim, eventual descriminalização do desacato necessariamente perpassa sob a atividade legiferante.

Certo é que o controle de convencionalidade deve ser alçado a um debate crítico no Brasil, a fim de que sejam tomadas em consideração as bases então erigidas no direito comparado para uma proposta mais sólida e harmoniosa no cenário nacional, máxime no âmbito do direito penal, em homenagem aos princípios da separação dos poderes, da segurança jurídica, da legalidade e da igualdade.

Em suma, o controle de convencionalidade desponta como um enigma no palco jurídico brasileiro, cujas fronteiras não devem ser meramente delineadas pela interpretação e hermenêutica jurídicas, sob pena de aviltar a plena promoção e proteção dos direitos humanos. Em verdade, restringi-lo ao campo da abstração humana não é conferir a devida prevalência dos direitos humanos, senão confiá-lo à tortuosa discricionariedade e *“voluntas”* do intérprete.



- [1] Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250 e ss.
- [2] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 p. 125 e ss.
- [3] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 46 e ss; MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27 e ss.
- [4] Já havíamos feito essa referência: VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Crimes de imprensa e aspectos práticos de processo penal*. Rogério Sanches Cunha; Luiz Flávio Gomes (Coord.). 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 145.
- [5] É o caso da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e o respectivo Protocolo.
- [6] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 153; VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Hermenêutica e interpretação jurídica: teoria geral do direito, neoconstitucionalismo e técnicas judiciais*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 38.
- [7] TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte geral*. V. I. São Paulo: Atlas, 2006, p. 56.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-dez-28/controlle-convencionalidade-nao-partir- apenas-interpretacao/>