

AFERIÇÃO E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Valerio de Oliveira Mazzuoli*
Marcelle Rodrigues da Costa e Faria**
Kledson Dionysio de Oliveira***

Resumo: O estudo investiga as hipóteses em que o Ministério Público exercita a compatibilização vertical material das normas domésticas com os comandos presentes nos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil (exame de convencionalidade). A investigação diferencia as hipóteses em que o Ministério Público apenas “afere” – por provocação ou por iniciativa própria – a convencionalidade das leis, deixando a cargo do Poder Judiciário a resolução completa da questão

* Professor-associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Professor dos Programas Mestrado e Doutorado da Universidade de Itaúna – UIT. Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, *campus* de Franca. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – SBDI e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD. Advogado e membro-consultor da Comissão Especial de Direito Internacional do Conselho Federal da OAB. Contato: valerio_mazzuoli@hotmail.com.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-graduada em Direito Ambiental pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Promotora de Justiça no Estado de Mato Grosso. Presidente da “Confraria do Júri” (Associação Nacional dos Promotores de Justiça do Júri). Contato: marcellefaria55@hotmail.com.

*** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-graduado em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Promotor de Justiça no Estado de Mato Grosso. Integra o Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado – GAECO. Contato: kdo_kledson@hotmail.com.

jurídica, daquelas em que o órgão ministerial efetivamente “controla” essa mesma convencionalidade, no âmbito das suas respectivas competências delineadas pela Constituição e pelas leis nacionais. O estudo conclui que tanto na aferição como no controle de convencionalidade, o *mister* pós-moderno do Ministério Público não mais se resume ao respeito da Constituição e das leis, devendo – *ex officio* – proceder ao exame de compatibilidade vertical material de toda a ordem jurídica interna com os comandos dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, à luz do princípio internacional *pro homine*.

Palavras-chave: Ministério Público. Aferição de convencionalidade. Controle de convencionalidade. Sistema interamericano de direitos humanos.

Abstract: This research addresses cases whereby the Cabinet of the Prosecutor’s Officer carries out a vertical judicial review seeking to harmonize municipal laws with human rights treaties in force in Brazil (test of conventionality). This article highlights two different forms of reviews. In the first, the Cabinet of the Prosecutor’s Officer “evaluate” – either when demanded to do so or out of its own prerogatives – whether domestic legislation and treaties are compatible but leaves the actual review, with the possibility of invalidation of incompatible laws, to the judiciary. In the second approach (control approach), the Cabinet of the Prosecutor’s Officer dully exercises a review of internal laws and human rights treaties – striking out incompatible norms – according to discretionary powers provided for in the constitution and other norms. The conclusion is that the current prerogatives and powers of the Cabinet of the Prosecutor’s Officer are not solely conscribed to following the constitution and other domestic laws, but rather includes the power to analyze the compatibility – even without requests – between all kinds of municipal legislation and international human rights treaties in force in Brazil based on the *pro homine* principle.

Keywords: Cabinet of the Prosecutor’s Officer. Examination of conventionality/treaty review examination. Control of conventionality/treaty review control. Inter-American human rights system.

Sumário: Introdução. I. Aferição de convencionalidade pelo Ministério Público. § 1º – Aferição de convencionalidade por provocação. A) Aferição por provocação na ação civil pública e na ação popular. B) Aferição por provocação na condição de custos juris nos termos do Código de Processo Civil. § 2º – Aferição de convencionalidade no controle abstrato de normas, *sponte sua* ou como *custos juris*. A) Aferição de convencionalidade por iniciativa própria (aferição *sponte sua*). B) Aferição de convencionalidade por provocação (*custos juris*) no controle concentrado. II. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. § 1º – Controle de convencionalidade nos procedimentos de tutela de interesses metaindividuais. A) Controle de convencionalidade na promoção da ação civil pública. B) Compromissos de ajustamento de conduta para adequação às exigências convencionais. § 2º – Controle de convencionalidade e persecução criminal. A) Arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal e controle de convencionalidade. B) Promoção da ação penal pública e controle de convencionalidade. Considerações finais. Referências.

Introdução

O controle de convencionalidade das leis é instituto cada vez mais em voga no Brasil e tem sido prioritariamente exercido pelo Poder Judiciário.¹ O seu exercí-

¹ Para o estudo pioneiro do tema, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018 [a primeira edição da obra é de agosto de 2009].

cio decorre do exame de compatibilidade material das normas do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. Tais tratados, portanto, são paradigmas de controle tanto da *produção* normativa doméstica (elaboração das leis) quanto da *aplicação* das normas já vigentes no Estado, razão pela qual guardam nível hierárquico superior às normas do direito interno.²

Esse exame de compatibilidade vertical material que o Poder Judiciário realiza na aplicação das normas internas tendo como paradigmas os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil decorre da jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, cujas origens remontam ao ano de 2006, no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Naquela ocasião, a Corte IDH assentou que cabe ao Poder Judiciário dos Estados o exercício do controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e os tratados de direitos humanos em vigor, para o que deve o Poder Judiciário levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.³

Pouco tempo depois (em novembro de 2006), voltou a Corte IDH a se referir ao controle de convencionalidade, no *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru*, reforçando o seu entendimento anterior e destacando algumas especificidades desse controle, dentre as quais a de caber ao Poder Judiciário controlar *ex officio* a convencionalidade das leis, no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes. Naquela ocasião, a Corte IDH determinou expressamente que “os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, senão também

² Na jurisprudência do STF, v. especialmente o RE 466.343-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008 (*DJe* 04.06.2009). Na doutrina, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 765 e ss.; e PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95 e ss.

³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, nº 154, § 124, *verbis*: “Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início careçam de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário *deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.

‘de convencionalidade’ *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes”.⁴

No entanto, a partir do julgamento do caso *Gelman vs. Uruguai*, de 24 de fevereiro de 2011, a Corte IDH passou a entender (numa evolução jurisprudencial qualitativa e promissora) que *todos* os órgãos do Estado – e não somente o Poder Judiciário – devem ser responsáveis pelo exercício do controle de convencionalidade das leis. No julgamento do caso *Gelman*, a Corte IDH decidiu que todos os órgãos do Estado, “incluídos” os juízes, devem se submeter à autoridade dos tratados de direitos humanos, cabendo aos juízes e *órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis* exercer *ex officio* o controle de convencionalidade das normas internas relativamente a essas convenções, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes. Nas palavras da Corte IDH, “[q]uando um Estado é parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, estão a ele submetidos, o qual os obriga a velar a que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que os juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis têm a obrigação de exercer *ex officio* um ‘controle de convencionalidade’ entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, e nesta tarefa devem levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”.⁵

Como se nota, a partir do julgamento do *Caso Gelman vs. Uruguai*, a Corte IDH *ampliou* sobremaneira a obrigação de controle de convencionalidade a *todos* os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes.⁶ Dentre esses órgãos, seguramente estão – além de todo o Poder Judiciário – a Polícia Ju-

⁴ Corte IDH, *Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2006, Série C, nº 158, § 128.

⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 221, § 193.

⁶ A mesma concepção foi reafirmada em outros casos, como, v.g., no *Caso Andrade Salmón vs. Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 1º de dezembro de 2016, Série C, nº 330, § 93.

diciária Civil,⁷ a Defensoria Pública⁸ e o Ministério Público. Tal faz com que o controle de convencionalidade passe a ser instituto jurídico *do Estado* como um todo, e não apenas do Poder Judiciário, espalhando-se para outras instituições que participam da administração da Justiça *lato sensu*. Além de salutar às instituições democráticas do Estado, a decisão do *Caso Gelman vs. Uruguai* teve também o mérito de servir de “cláusula de barreira” para que assuntos que possam ser resolvidos no âmbito interno, à luz do exame de convencionalidade, só sejam levados ao plano internacional (Comissão Interamericana e Corte IDH) após a manifestação de *todos* os órgãos internos vinculados à administração da Justiça, o que, a um só tempo, traz economia ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos e demanda dos órgãos estatais uma efetiva atuação interna (exame de convencionalidade) à luz das normas internacionais de direitos humanos ratificadas e em vigor no Estado.

No que tange ao Ministério Público, sabe-se ser este – nos termos do art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – “instituição permanente” e “essencial à função jurisdicional do Estado”, ao qual incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Como instituição que zela pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, não há dúvidas incumbir-lhe a esmerada aplicação das normas internacionais de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil é parte, quer no plano processual quanto no plano extraprocessual. De fato, se o Ministério Público é órgão legitimado a exercer o controle de constitucionalidade das leis, não há razão para que deixe de realizar o exame de compatibilidade vertical material entre as normas do direito brasileiro com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor, pugnando pela adaptação ou invalidação de eventuais leis contrárias aos dispositivos pactuados.⁹

⁷ No que tange à Polícia Judiciária Civil, contudo, tem-se que esta apenas afere a convencionalidade das leis, sem propriamente controlar essa mesma convencionalidade (v. *infra* a diferenciação entre *aferição e controle de convencionalidade*), dado que o Delegado de Polícia não detém, no âmbito de suas respectivas competências, o poder de subtrair da ordem jurídica a norma inconvencional. Seja como for, o seu papel é de suma importância na aferição (prévia) de convencionalidade das leis no Brasil, pois assim atuando, melhora o sistema de justiça como um todo no País. Sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020, p. 418 (item 4.4 – *Aferição de convencionalidade pelo Delegado de Polícia*).

⁸ Sobre o tema, v. MAZZUOLI, Valério de Oliveira & ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública: instituição essencial ao controle de convencionalidade. *Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 22, n. 43, jan./jun. 2020, p. 17-27.

⁹ Nesse sentido, cf. CAMBI, Eduardo & PORTO, Leticia de Andrade. *Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 75.

Portanto, é premente que se estude o papel do Ministério Público no exame de convencionalidade das leis brasileiras, notadamente porque, à luz da Constituição Federal de 1988, a instituição é “*essencial* à função jurisdicional do Estado”, sem a qual a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis não logram efetiva proteção no Brasil. Nesse contexto, a efetiva primazia dos direitos humanos – segundo o estabelecido pelas regras de direito internacional – depende diretamente da consolidação de um Ministério Público pós-moderno, que não se limite à tradicional fiscalização das leis, segundo a já ultrapassada nomenclatura de *custos legis*. Doravante, o Ministério Público é instituição que também opera no exame das normas internacionais de que o Estado é parte, normas tais que complementam a coleção de leis nacionais e, conseqüentemente, ampliam o mosaico normativo de proteção dos direitos humanos em vigor no Brasil. Há nítida transição, como se nota, do Ministério Público *custos legis* – fiscal das normas internas (Constituição e as leis) – para o Ministério Público *custos juris*, agora responsável pela fiscalização de cumprimento e/ou aplicação de *todas as normas* em vigor na ordem jurídica brasileira, com especial enfoque para as decorrentes de tratados de que a República Federativa do Brasil é parte (CF, art. 5º, § 2º¹⁰). Em outras palavras, o Ministério Público do terceiro milênio deve ser capaz de enxergar para além dos limites estatais e de suas normas internas, compreendendo que por sobre a instituição recai a enorme responsabilidade de garantir o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, em diálogo construtivo com as normas de direito interno, em verdadeira atividade de *custos juris*.¹¹

Não há dúvidas de que, na prática, para haver a efetiva proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira, todos os membros do Ministério Público devem conhecer o teor dos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e aqui em vigor, bem assim seu impacto – é dizer, se as normas que os compõem são *mais* ou *menos* benéficas – no direito brasileiro, à luz do princípio internacional *pro homine*.¹²

¹⁰ *Verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹¹ A designação evolutiva do Ministério Público como *custos juris* à luz das funções institucionais previstas no art. 127 da Constituição Federal é reconhecida pela jurisprudência da Suprema Corte, como se pode notar em: STF, RE 1.134.423/AM, rel. Min. Alexandre de Moraes, julg. 06.06.2018, *DJe* 12.06.2018; STF, RE 846.790/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julg. 23.12.2014, *DJe* 03.02.2015; e STF, HC 84.367/RJ, rel. Min. Carlos Britto, julg. 09.11.2004, *DJU* 18.02.2005, p. 33.

¹² Sobre o princípio *pro homine*, cf. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira & RIBEIRO, Dilton. The *pro homine* principle as an enshrined feature of international human rights law. *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, v. III, issue 1, January 2016, p. 77-99; e DE CLÉMENT, Zlata Drnas. La complejidad del principio *pro homine*. *Jurisprudencia Argentina*, fascículo nº 12, Buenos Aires, mar./2015, p. 98-111.

O Ministério Público certamente não é o único órgão integrante do sistema de justiça a que compete a aferição e o controle de convencionalidade das leis, obrigação que deve recair sobre todos os órgãos do referido sistema, de acordo com as suas correspondentes atribuições previstas na Constituição e nas leis. No entanto, a sua posição constitucional de guardião da ordem jurídica o torna porta-voz importante dos trabalhos de aferição e controle de convencionalidade das normas do direito interno, visando à prevalência e à efetividade dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

No âmbito *processual* o Ministério Público apenas *afere* a convencionalidade das leis (I), ao passo que, no plano *extraprocessual*, há hipóteses de verdadeiro *controle* de convencionalidade pelo Ministério Público (II). Trata-se de dois eixos temáticos que incidem diretamente – como se verá no decorrer deste estudo – nas atribuições do Ministério Público e que não foram explorados, até o momento, no direito pátrio, razão pela qual merece aqui o devido desenvolvimento.

I **Aferição de convencionalidade pelo Ministério Público**

Inicialmente, deve-se diferenciar o que se entende por *aferição* e por *controle* de convencionalidade das leis, certo de que são institutos distintos, não obstante materialmente bastante similares.¹³ Há, portanto, casos em que o Ministério Público apenas aferirá a convencionalidade das leis (inclusive com desdobramentos, como se verá) e casos em que propriamente *controlará* essa mesma convencionalidade. Neste item I estudaremos os casos de *aferição* de convencionalidade pelo Ministério Público.

Denomina-se *aferição de convencionalidade* a análise sobre a compatibilidade das normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos, *sem invalidação* da norma sobre a qual recai a aferição, é dizer, sem que se retire da norma, por ato institucional, a sua validade intrínseca. Exemplo de aferição de convencionalidade ocorre quando a Corte IDH diz ser inconveniente uma lei interna por meio de uma *Opinião Consultiva*, isto é, por expediente sem força de *res judicata*. Em casos tais, há apenas *aferição* da convencionalidade da norma, sem propriamente *invalidar* tal norma por inconveniente.

¹³ A distinção entre *aferição* e *controle* de convencionalidade foi desenvolvida pioneiramente por: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, cit., p. 51 e ss.

Já o *controle de convencionalidade* é o exercício pelo qual a norma interna inconveniente é declarada propriamente *inválida* pelo órgão controlador, com poder para tanto. Nesses casos, para além da verificação (*aferição*) da convencionalidade da norma, há verdadeiro *controle* (invalidação) de sua convencionalidade, pois há *retirada* da produção de efeitos jurídicos da lei declarada inconveniente. Assim, dentro do exame de convencionalidade *lato sensu*, é possível haver *aferição* – no caso do Ministério Público, por provocação ou *sponte sua* – de inconveniente da norma, para além de verdadeiro *controle* (retirada de efeitos) em razão dessa mesma inconveniente.

Não há dúvidas de que o Poder Judiciário é o órgão do Estado que mais *controla* a convencionalidade das leis, dado que é sua função precípua julgar e decidir controvérsias concretas postas *sub judice*. Há casos, no entanto, em que o Ministério Público também será capaz de *controlar* a convencionalidade das leis, pois dará a última palavra sobre a validade da norma interna à luz da norma internacional paradigma, na determinação da sua atuação institucional. Este tema, estudaremos no item II, *infra*. Agora, merecem ser estudados os casos em que o Ministério Público *afere* a convencionalidade das leis, quer quando atua por provocação (§ 1º) ou quando atua no controle abstrato de normas, tanto *sponte sua* como a título de *custos juris* (§ 2º).

§ 1º – Aferição de convencionalidade por provocação

A Constituição Federal brasileira (art. 127) estabeleceu expressamente as funções *típicas* do Ministério Público, órgão essencial à função jurisdicional do Estado, dentre as quais está a “defesa da ordem jurídica” em todas as suas intervenções, nas atividades processuais e extraprocessuais, atuando como parte ou como *custos juris*. Além da defesa da ordem jurídica, o Ministério Público também defende o regime democrático e os interesses sociais, possuindo, portanto, o importante papel na consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), pautada na tutela dos direitos fundamentais (constitucionais) e humanos (internacionais).

Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, o Ministério Público deve sempre, na defesa da ordem jurídica, aferir a convencionalidade dos atos normativos postos em questão nas demandas processuais em que atuar como interveniente. Isso porque, como órgão interveniente, possui ônus e faculdades no processo, e atua na defesa de um interesse, seja de pessoas determinadas (incapazes, fundações etc.), de um grupo determinável de pessoas (interesses coletivos e individuais homogêneos) ou de um grupo indeterminável de pessoas (interesses difusos).

Deve-se ter em conta, no entanto, que, mesmo nas hipóteses em que atua como interveniente em razão da natureza do interesse contido na demanda, na condição de *custos juris*, o Ministério Público permanece submetido ao dever de fiscalização da ordem jurídica, e, por conseguinte, a sua atuação institucional não equivale à defesa do interesse subjetivado. Conclui-se, assim, que a atuação do agente ministerial na condição de interveniente deve ser pautada pela independência e pela imparcialidade, na busca da melhor interpretação e aplicação do direito interno à luz das normas convencionais de que o Estado é parte.

Dentre todas as hipóteses em que atua o Ministério Público, certo é que em várias delas age *por provocação*, é dizer, como órgão interveniente ou *custos juris*. Em casos tais, pode-se nominar “aferição de convencionalidade *por provocação*” os casos em que o órgão ministerial se manifesta em determinado processo. Aqui se vai verificar quando o Ministério Público atua como órgão interveniente na ação civil pública e na ação popular (A) e quando atua como *custos juris* nos termos do Código de Processo Civil (B).

A) Aferição por provocação na ação civil pública e na ação popular

A ação civil pública é instrumento para a defesa em juízo de interesses transindividuais, visando a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, tendo como legitimados não somente o Ministério Público, mas também a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações, desde que presentes os requisitos previstos na Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Quando o Ministério Público não for o proponente da ação, atuará como órgão interveniente na qualidade de *custos juris*, devido ao interesse público primário que move a demanda judicial, atuando sempre na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 1º).

Como interveniente, o órgão ministerial terá vista dos autos após as partes, devendo ser intimado de todos os atos processuais, podendo requerer produção de provas ou medidas processuais, oportunidade em que, antes de adentrar ao mérito, deverá verificar a compatibilidade das normas internas com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil. Da mesma forma, quando da análise do mérito processual, perquirirá o Ministério Público a aplicação e interpretação dos tratados e convenções de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. No momento em que se manifesta nos autos, o Ministério Público, como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, deve se posicionar pelo afastamento da norma contrária aos tratados de direitos humanos em

vigor no Brasil, se for mais benéfica a tutela prevista na norma convencional, em homenagem ao princípio internacional *pro homine* ou *pro persona*. Assim, em caso de conflito entre a norma interna e a prevista por tratado de direitos humanos em vigor no País, deve o Ministério Público optar pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida (princípio *pro homine*), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos.¹⁴

As convenções e tratados de direitos humanos são conquistas sociais que refletem os valores buscados pela sociedade internacional, correspondendo a um padrão mínimo (plataforma básica) de proteção, razão pela qual o Ministério Público tem que acompanhar os avanços humanistas que devem guiar a sua atuação, na defesa dos interesses que tutela, mormente da ordem jurídica. Na defesa desses interesses, deve o Ministério Público aferir sempre a convencionalidade das leis quando atua como interveniente ou *custos juris*, para o fim de propor a adaptação das normas internas menos benéficas aos comandos (mais benéficos, se for o caso) dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil.

Portanto, defender a ordem jurídica enseja a defesa da Constituição Federal e de todos os tratados de direitos humanos de que o Estado é parte. Assim, quando o Ministério Público for chamado ao processo como guardião da ordem jurídica, deverá perquirir a correta aplicação das convenções internacionais como também a sua interpretação, princípios e diretrizes, valendo-se, para tanto, dos precedentes jurisprudenciais da Corte IDH, que possuem força vinculante (*res judicata*) nos casos em que os Estados são partes, e força interpretativa (*res interpretata*) para terceiros Estados,¹⁵ desde que também sejam *partes* na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁶ Mas não só: também deve o Ministério Público aferir a convencionalidade das leis internas levando em conta as Opiniões Consultivas da Corte IDH, no caso de inexistir jurisprudência da Corte sobre determinado tema. Tais Opiniões Consultivas manifestam o entendimento da Corte IDH em assuntos dos mais importantes, levados à apreciação do tribunal em sede de aferição de convencionalidade internacional.¹⁷

¹⁴ Sobre essa otimização e maximização dos sistemas, cf. BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 282.

¹⁵ Sobre as qualidades de *res judicata* e *res interpretata* das sentenças da Corte IDH, v. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) – Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19º año, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013, p. 607-638.

¹⁶ A jurisprudência (casos contenciosos) da Corte IDH pode ser consultada *on-line* em: <https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm>.

¹⁷ As Opiniões Consultivas da Corte IDH podem ser consultadas *on-line* em: <https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm>.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado quando o Ministério Público atua como *custos juris* em sede de ação popular. Esta vem prevista no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

A intervenção do Ministério Público na ação popular dá-se em decorrência do próprio objeto da lide, de natureza indisponível e com relevância social. Em casos tais, incumbirá ao órgão ministerial aferir a convencionalidade das normas em jogo e manifestar pela sua aplicação ou inaplicação, caso sejam consentâneas ou não consentâneas com os comandos previstos em instrumentos internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte.

Nesses dois contextos – da ação civil pública e da ação popular – e, ainda, quando o conteúdo da demanda impuser a intervenção do órgão ministerial a título de *custos juris*, deverá o Ministério Público proceder ao exame de compatibilidade vertical material das normas internas com os comandos dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado. Assim fazendo, o *Parquet* está seguindo a jurisprudência da Corte IDH estabelecida a partir do *Caso Gelman vs. Uruguai* e, conseqüentemente, zelando pela *unidade* da ordem jurídica brasileira, que é composta por normas internas e internacionais, que perfazem um só conjunto da “coleção de normas” em vigor no Brasil.

Ademais, consoante o comando expresso no art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, os Estados-partes se comprometem a adotar as “medidas necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades” reconhecidos pela Convenção. E, como órgão essencial do Estado, o Ministério Público se vincula ao que a República Federativa do Brasil assumiu no plano internacional, perante o direito internacional dos direitos humanos, em especial perante o sistema interamericano de direitos humanos (em nosso entorno geográfico). Em razão dessa lógica, deve o Ministério Público tomar as medidas que lhe competem para assegurar o gozo e a fruição dos direitos e garantias constitucional e internacionalmente consagrados.

Da mesma forma, deve o Ministério Público aferir a convencionalidade quando participa do processo de mandado de segurança (art. 12 da Lei nº 12.016, de 2009), do processo de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da Lei Complementar nº 73/93), no processo de alimentos (art. 9º da Lei nº 5.478/68) e nos casos dos arts. 57, 67, § 1º, 76, § 3º, 109 e 200 da Lei nº 6.015/73.

B) Aferição por provocação na condição de *custos juris* nos termos do Código de Processo Civil

O art. 178 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) previu a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvam (i) interesse público ou social, (ii) interesse de incapaz e (iii) litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, para o fim de velar pela justiça do processo e de sua decisão.¹⁸

Considerando que o que justifica a intervenção do órgão ministerial é o interesse público primário, ou seja, o bem comum, sempre na defesa da ordem jurídica, o órgão interveniente, como órgão estatal, deve aferir a compatibilidade da norma doméstica que fundamenta o pedido com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no País.

O Ministério Público, quando chamado a intervir, antes de apreciar o mérito, tem por obrigação compatibilizar a norma doméstica com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor, ainda que sua manifestação vá de encontro à pretensão da parte ou ao interesse que motiva a sua intervenção no feito, amparado pelo princípio da independência funcional, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Para o STJ, “não está obrigado o representante do Ministério Público a manifestar-se, sempre, em favor do litigante incapaz”, pois “[e]stando convencido de que a postulação do menor não apresenta nenhum fomento de juridicidade, é-lhe possível opinar pela sua improcedência”.¹⁹

Quando da análise do mérito processual, o Ministério Público deve estabelecer o diálogo entre a norma internacional e a doméstica para se levar a efeito os parâmetros protetivos de direitos humanos na aplicação do direito, sempre buscando a interpretação com maior espectro de proteção (interpretação *pro homine*).

Nesse diálogo que deve ser travado pelo *Parquet*, na sua atuação *custos juris*, há que se levar em conta os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, instância última de interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, buscando a integridade do sistema nacional de proteção, aperfeiçoando a sua eficácia, de forma a gerar estabilidade e segurança jurídica. Assim, se verificar que a normativa convencional é mais benéfica que a prevista pela legislação interna de regência, deverá manifestar-se pela aplicação imediata do tratado, à luz do princípio internacional *pro homine* ou *pro persona*.

¹⁸ Esclareça-se que, tendo a Constituição conferido ao Ministério Público independência funcional, cabe exclusivamente à instituição decidir se o interesse público e social justifica a sua intervenção. Nesse sentido, v. STF, RE 98.941-2/SP, rel. Min. Djaci Falcão, DJU 04.10.1984, p. 16.288.

¹⁹ STJ, REsp 135.744/SP, 4ª Turma, rel. Min. Barros Monteiro, julg. 24.06.2003, DJU 22.09.2003, p. 327.

Por outro lado, o STJ já decidiu que haverá intervenção obrigatória do Ministério Público quando evidenciado o interesse de comunidades indígenas no feito, com fundamento no art. 232 da Constituição da República, segundo o qual “[o]s índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.²⁰ Assim, da mesma forma, ao participar de processos de interesse dos índios, suas comunidades e organizações, deve o *Parquet* aferir a convencionalidade das leis antes de apreciar o mérito da lide, verificando se não houve violação de direitos e garantias de povos indígenas previstos em instrumentos internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil.

Nessa oportunidade, cabe lembrar que a Corte IDH, ao julgar o *Caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus Membros vs. Honduras* (2015), decidiu que o Estado deve interpretar e aplicar a sua legislação nos termos da jurisprudência interamericana e dos padrões internacionais aplicáveis à matéria respectiva.²¹ Nesse caso, a Corte IDH advertiu o Estado sobre “a relevância da devida interpretação da legislação e aplicação do controle de convencionalidade, à luz da jurisprudência da Corte e dos padrões internacionais aplicáveis [à matéria em causa], a fim de garantir os direitos da propriedade coletiva indígena e tribal”.²² Tal significa que o Ministério Público, ao aferir a convencionalidade das normas domésticas, deve considerar não somente os tratados e convenções internacionais (globais e regionais) ratificados e em vigor no Estado, senão também a própria jurisprudência da Corte IDH sobre a questão de fundo versada na demanda, pois as sentenças da Corte IDH valem a título de coisa julgada (*res judicata*) para o Estado-réu na ação internacional e como “coisa interpretada” (*res interpretata*) para terceiros Estados.²³

Assim, quando o Ministério Público atua como *custos juris*, por força do art. 232 do Constituição Federal e do art. 178, III, do Código de Processo Civil, deverá aferir a convencionalidade das leis brasileiras à luz das normas internacionais de proteção dos povos indígenas e da jurisprudência da Corte IDH relativa à matéria, como, v.g., os casos *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*, de 2001, *Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* de 2005, *Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*, de 2010, e *Povos Kaliña e Lokono vs. Suriname*, de 2015 (apenas para citar alguns, dentre tantos outros).

²⁰ STJ, REsp. 660.225/PA, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, rel. para o acórdão Min. Teori Zavascki, julg. 13.03.2007, DJ 12.04.2007, p. 213.

²¹ CIDH, *Caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus Membros vs. Honduras*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 08.10.2015, Série C, nº 304, § 211.

²² Idem, ibidem.

²³ V. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional...*, cit., p. 607-638.

A Corte Interamericana, nos precedentes citados, tem declarado expressamente, v.g., o direito dos povos indígenas ao território coletivo que tradicionalmente usam e ocupam para a manutenção de sua cultura, tradições e subsistência, imputando ao Estado a “obrigação de adotar medidas especiais para reconhecer, respeitar, proteger e garantir a seus integrantes o direito de propriedade comunal relativo a esse território”.²⁴ Esse posicionamento deve ser norte obrigatório para a aferição de convencionalidade pelo Ministério Público quando a questão *sub judice* versar o tema em apreço no Brasil, ainda que a decisão do tribunal interamericano não tenha sido contra o nosso País, dado que – repita-se – as suas sentenças valem para terceiros Estados a título de *res interpretata*, vinculando a interpretação jurídica do comando convencional a todos os órgãos do Estado integrantes da administração da Justiça.

§ 2º – Aferição de convencionalidade no controle abstrato de normas, *sponte sua* ou como *custos juris*

Conforme já elucidado, não basta que a legislação infraconstitucional seja compatível com a Constituição Federal, mas também consoante à ordem jurídica como um todo, inclusive com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico interno, uma vez que, conforme interpretação do STF, tais instrumentos guardam hierarquia superior às leis no Brasil.²⁵

Ademais, as normas jurídicas nacionais devem ainda conformar-se à jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos, em especial a Corte IDH, que é o tribunal de direitos humanos que vincula os Estados-partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como, v.g., o Brasil. Assim, as normas domésticas, para serem vigentes e *válidas* em nosso País, devem estar de acordo tanto com a Constituição Federal quanto com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado e, ainda, estar em conformidade com a jurisprudência (acaso existente, sobre determinado tema) da Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁶

Dessa forma, todos os órgãos do Estado devem interpretar e aplicar a lei doméstica consoante os tratados internacionais de direitos humanos aqui em vigor, compatibilizando-as ou conformando-as segundo o mandamento (quando *mais benéfico*) desses tratados, devendo o Ministério Público, a seu turno, assim pro-

²⁴ Corte IDH, *Caso Kaliña e Lokono vs. Suriname*, Mérito, Reparação e Custas, sentença de 25.11.2015, Série C, nº 309, § 125.

²⁵ STF, RE 466.343-SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008, *DJe* 04.06.2009.

²⁶ A propósito, v. Corte IDH, *Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24.11.2006, Série C, nº 158, § 128.

ceder a título de tutor da ordem jurídica, por expressa determinação constitucional (CF, art. 127). Isso porque os tratados internacionais de direitos humanos, após internalizados, possuem imediata eficácia e têm o efeito de paralisar as normas internas menos benéficas, até que elas sejam conformadas, interpretadas e aplicadas nos termos das convenções internalizadas e aqui em vigor.

A possibilidade de controle de convencionalidade difuso encontra-se no nosso ordenamento jurídico desde 5 de outubro de 1988, quando veio à luz a atual Constituição Federal brasileira, nos termos do seu art. 5º, § 2º, que assegura que os direitos e garantias previstos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes de tratados de direitos internacionais de que o Brasil seja parte, prevendo uma *dupla fonte normativa* do sistema brasileiro de direitos e garantias: as normas de direitos fundamentais (constitucionais) e as de direitos humanos (internacionais).

Portanto, os direitos conferidos por tratados internacionais internalizados possuem índole e nível de normas constitucionais e, conseqüentemente, aplicabilidade imediata, o que leva à necessidade de se aferir a compatibilidade vertical da legislação doméstica com os direitos e garantias previstos pelas convenções. Todos os órgãos do Estado – incluído o Ministério Público, em todos os âmbitos – têm o dever, no momento do desempenho de suas funções, de controlar essa convencionalidade *ex officio*, cabendo ao Poder Judiciário, antes de apreciar o mérito da questão *sub judice*, exercer o controle *difuso* de convencionalidade.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe a possibilidade do controle também *concentrado* de convencionalidade no Brasil, acrescentando o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo equivalência entre os tratados internacionais de direitos humanos e as emendas constitucionais, desde que se submetam ao procedimento especial previsto – três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Assim, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados por dois turnos nas duas casas do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos parlamentares, possuirão “equivalência” de emendas constitucionais no Brasil, podendo ser paradigmas de controle concentrado de convencionalidade.²⁷

Os tratados de direitos humanos aprovados por maioria qualificada no Parlamento federal e ratificados pelo Presidente da República, uma vez integrantes da ordem jurídica brasileira, possuem o condão de “reformular” a Constituição (pois equivalem às emendas constitucionais) e não poderão ser denunciados pelo Poder Executivo, vez que são fruto do poder reformador (norma constitucional material e formal) e paradigmas, portanto, do controle concentrado de convencionalidade das leis.

²⁷ O estudo dos controles *difuso* e *concentrado* de convencionalidade foi pioneiramente desenvolvido no Brasil por: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, cit., p. 158 e ss.

Atualmente, o Brasil aprovou, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, três importantes tratados de direitos humanos que garantem direitos às pessoas com deficiência, quais sejam: a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Protocolo Facultativo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (ambos internalizados pelo Decreto nº 6.949/2009) e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso (Decreto nº 9.522/2018). Esses são os três únicos instrumentos internacionais de direitos humanos aprovados até o momento (outubro de 2020) com equivalência de emenda constitucional no Brasil, em vigor interno com esse *status* diferenciado. Sendo “equivalentes” às emendas constitucionais, são paradigma do controle *concentrado* de convencionalidade, podendo os legitimados do art. 103 da Constituição proporem, perante o STF, as ações do controle abstrato de normas para o fim de invalidar leis internas contrárias aos comandos (mais benéficos) desses tratados internacionais.

Dentre os legitimados a propor perante o STF as ações de controle abstrato de normas está o Procurador-Geral da República (CF, art. 103, VI), que é o chefe do Ministério Público da União (CF, art. 128, § 1º). Tem-se, neste caso, então, a legitimidade do chefe do Ministério Público da União para deflagrar também o controle abstrato (concentrado) de convencionalidade, para o fim de adaptar/invalidar as leis internas contrárias aos comandos (mais benéficos) dos tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais.

O chefe do Ministério Público da União, no controle concentrado de convencionalidade, atua como legitimado constitucional, deflagrando perante o STF a ação de controle respectiva, e assim agindo – aferindo a compatibilidade vertical da norma com o tratado de direitos humanos – realiza o primeiro juízo de convencionalidade. Caso entenda pela incompatibilidade normativa da lei em relação ao tratado, caberá a propositura ou (i) da ação direta de inconvenção (art. 103, VI), ou (ii) da ação declaratória de convencionalidade (art. 103, VI), (iii) da ação direta de inconvenção por omissão (art. 103, § 2º) e (iv) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º). Outrossim, ainda que não atue como parte, o Ministério Público Federal, na defesa da ordem jurídica, participa do processo deflagrado pelos demais colegitimados na qualidade de *custos juris*.

Em seguida serão analisadas as duas formas de atuação do *Parquet* no controle abstrato de normas: primeiramente, quando a aferição de convencionalidade se dá por iniciativa do Ministério Público, quando deflagra *sponte sua* o controle concentrado perante o STF (A) e, depois, quando a instituição é provocada a se manifestar nesse mesmo controle concentrado, atuando como *custos juris* nas ações convencionais deflagradas pelos demais legitimados previstos no art. 103 da Constituição Federal (B).

A) Aferição de convencionalidade por iniciativa própria (aferição *sponte sua*)

O Ministério Público, no uso de suas atribuições constitucionais, especialmente na defesa da ordem jurídica, possui legitimidade para questionar a constitucionalidade das normas internas, devendo aferir, da mesma forma, se a legislação está em consonância com os tratados internacionais de direitos humanos internalizados equivalentes às emendas constitucionais (caso de controle concentrado). Caso verifique que a legislação doméstica apresenta descompasso com a tutela dos direitos humanos consagrada em tratados de que o Brasil é parte, deve promover o controle de convencionalidade, por meio do controle abstrato de normas, nos termos da Lei 9.868/99.

Isso porque a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, possibilitando que os tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum qualificado ali previsto (idêntico ao das emendas constitucionais) passassem a “equivaler” às emendas constitucionais, o que possibilitou – em verdade, fez surgir – o controle concentrado de normas tendo como paradigmas exclusivamente os tratados internacionais de direitos humanos assim internalizados no Brasil.

Dentre os tratados aprovados com essa equivalência de emenda em nosso País, está a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada em Nova York em 30 de março de 2007, e internalizada no Brasil pelo Decreto nº 6.949/2009. A partir de sua incorporação ao direito pátrio com equivalência de emenda, foi possível ao Procurador-Geral da República aferir, *sponte sua*, a inconveniência da Lei nº 8.742/93 (Lei de Organização da Assistência Social – LOAS) e, na defesa dos interesses sociais das pessoas com deficiência, ajuizou a ADPF 182, em que defendeu que o art. 20, § 2º, da norma não havia sido recepcionado pela Convenção da ONU. O Procurador-Geral da República requereu, ao propor a ADPF 182, que fosse concedido o Benefício de Prestação Continuada (BPC) às pessoas com deficiência conceituadas na Convenção de Nova York, que prevê um espectro maior de proteção a essa categoria de pessoas que o então vigente conceito legal brasileiro, requerendo o reconhecimento de que o art. 20, § 2º, da Lei 8.742/93, não havia sido recepcionado pela Convenção. Não há dúvidas de que, nesse caso, o Ministério Público exerceu, por iniciativa própria, a fiscalização (aferição) de convencionalidade concentrada (abstrata).

Frise-se que a referida ADPF – que foi a primeira ação de controle concentrado de convencionalidade proposta no Brasil – perdeu o seu objeto, tendo em vista que a Lei nº 12.470/11, alterando o art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, atribuiu às pessoas com deficiência o *exato* conceito previsto pela Convenção de Nova York (no que se pode falar ter havido um controle *legislativo* de con-

vencionalidade da referida Lei, fruto da previsão de a ADPF proposta ser julgada precedente pelo STF). Posteriormente, a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) manteve o mesmo entendimento e a conformidade conceitual de “pessoa com deficiência” com o que previsto pela Convenção internacional, o que levou o STF a arquivar a ADPF por perda superveniente de seu objeto.²⁸

Importante destacar que, ainda que a Convenção de Belém do Pará não tenha integrado o ordenamento jurídico brasileiro com fundamento no art. 5º, § 3º, da Constituição, o Procurador-Geral da República, ao propor em sede de controle concentrado a ADI 4424/DF, referente à Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006, que coibe a violência doméstica e familiar contra a mulher), fundamentou o seu pedido de interpretação conforme a Constituição da República na *Recomendação* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos amparada na Convenção, internalizada como norma supralegal.

Na oportunidade, o Ministério Público requereu, na defesa da mulher vítima de violência doméstica, a interpretação conforme a Constituição da República, para que fosse afastada a condição de representação da ofendida para a deflagração da ação penal pública – prevista na Lei nº 9.099/95, nos delitos perpetrados contra a mulher. O pedido teve por base *Recomendação* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que concluiu que o procedimento previsto na Lei dos Juizados Especiais configurava proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado, determinando que o Estado brasileiro incorporasse à sua legislação – nos termos do art. 7º, c, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 1994 (“Convenção de Belém do Pará”) – “normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis”, dentre outras medidas legislativas necessárias ao cumprimento da Convenção.²⁹

A aferição de convencionalidade foi realizada pelo Ministério Público com fundamento na referida *Recomendação* da Comissão Interamericana, que reconheceu que o Brasil deveria estabelecer alteração legislativa e implementação de políticas públicas interdisciplinares para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres.

No STF, o voto do relator, Min. Marco Aurélio, ponderou que a Lei Maria da Penha deveria ser interpretada conforme a Constituição e “com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo estas últimas normas de caráter supralegal, também aptos a nortear a interpretação da legislação ordinária”. Ao final do julgamento, concluiu o STF que o pedido do Ministério Público deve-

²⁸ STF, ADPF 182/DF, rel. Min. Celso de Mello, Medida Cautelar, decisão de arquivamento de 24.04.2020.

²⁹ V. Comissão IDH, *Relatório* nº 54/2001, Caso 12.051, 04.04.2001.

ria ser acolhido para interpretar a Lei Maria da Penha nos termos dos arts. 5º, I e 226, § 8º, ao entender que a ação penal relativa à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é *pública incondicionada*.³⁰

Esses exemplos bem demonstram que o Ministério Público, diante de um tratado internacional que versa sobre direitos humanos, estabelecendo uma nova ordem jurídica, é instituição competente para compatibilizar e integrar as normas do direito interno com os comandos previstos nas normas internacionais protetivas, requerendo – por própria iniciativa, *sponte sua* – o controle dos atos normativos ao Poder Judiciário.

B) Aferição de convencionalidade por provocação (*custos juris*) no controle concentrado

O Ministério Público, no exercício de suas atribuições, tem legitimidade constitucional para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do que dispõem as Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, respectivamente.

Contudo, a competência para propositura das ações constitucionais de controle abstrato de normas é concorrente disjuntiva, pois também tem como legitimados o Presidente da República, a Mesa da Câmara do Deputados, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (CF, art. 103).

No entanto, ainda que não tenha proposto a ação, o Ministério Público atuará no feito como fiscal da ordem jurídica, manifestando-se como *custos juris*, e, ao ser provocado, deve aferir a convencionalidade da norma questionada, sempre no cumprimento de suas funções institucionais estabelecidas pela Constituição. Portanto, compatibilizar a norma questionada com os tratados de direitos humanos internalizados e em vigor – ainda que não tenha sido o autor da ação constitucional em sede de controle concentrado – é função ministerial, que se manifestará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atuando, quando provocado, como elemento de transformação social, contribuindo para construção de uma sociedade mais justa e humanista.

³⁰ STF – Ação Penal – Violência doméstica contra a mulher – Lesão corporal – Natureza. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. (ADI 4424, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julg. 09.02.2012, *DJe*-148, RTJ vol. 229-01, p. 361).

Por exemplo, o Procurador-Geral da República foi provocado a se posicionar na ADPF 320/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que tinha como fundamento o caráter vinculante das decisões da Corte IDH, por força da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com o escopo de que o STF declarasse que a Lei de Anistia brasileira (Lei nº 6.683/79) não se aplicava aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares ou civis, bem assim aos delitos continuados ou permanentes, após a data de expiração do diploma legal. Tal provocação decorre tanto do art. 103, § 1º da Constituição da República quanto do art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99, que regula o processo e julgamento da ADPF, que dispõe que “[o] relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias”.

O partido político requereu na ADPF que os órgãos do Estado brasileiro dessem cumprimento integral à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, que também ficou conhecido como “Caso da Guerrilha do Araguaia”. Instado a se manifestar, o Procurador-Geral da República entendeu (*aferiu*) que a Lei de Anistia brasileira era contrária à Convenção Americana, especialmente após o Brasil ser condenado pela Corte IDH no *Caso Gomes Lund*, e ressaltou que a submissão do Brasil à jurisdição da Corte IDH decorreu de sua soberania e voluntariedade, nos termos do Decreto nº 4.463/2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nos termos do art. 1º do Decreto, ficou “reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

Na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais (*custos juris*), ao proceder a aferição de convencionalidade, destacou o Ministério Público Federal que somente seria possível negar eficácia à Convenção Americana se fosse declarado inconstitucional o ato de incorporação desse instrumento ao direito brasileiro, o que evidentemente não ocorreu. No exercício de seu mister, o Procurador-Geral da República insistiu, acertadamente, que a República Federativa do Brasil haveria de cumprir o que determinado pela Corte Interamericana, a cujas decisões se submete, sublinhando que o país foi internacionalmente condenado pela falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por delitos de lesa-humanidade, não sujeitos à extinção de punibilidade por prescrição.³¹

³¹ MPF, Procuradoria-Geral da República, Parecer nº 4.433/AsJConst/SAJ/PGR, de 28.08.2014.

Em suma, aferir a convencionalidade das leis e dos atos dos poderes do Estado, quando provocado a se manifestar a título de *custos juris*, é missão do Ministério Público que se traduz em importante instrumento à disposição do *Parquet* para a defesa da ordem jurídica.

II Controle de convencionalidade pelo Ministério Público

Como se acabou de verificar, o Ministério Público exerce importante papel na aferição de convencionalidade das leis no âmbito de processos judiciais, casos em que o Poder Judiciário detém a última palavra; por essa razão, entendemos que o Ministério Público *afere* (e não *controla*) a convencionalidade das leis nesses casos, quer por provocação ou por ato próprio (*sponte sua*). Hipóteses há, no entanto, em que o Ministério Público poderá *controlar* propriamente a convencionalidade das leis (casos extraprocessuais), quando a sua atuação funcional tem como pressuposto e justificativa a realização do referido controle. Tais casos são ligados à atuação ministerial no âmbito de procedimentos investigatórios destinados à tutela de interesses de ordem metaindividual e à análise de inquéritos policiais e de procedimentos de investigação criminal, destinados a embasar a promoção da ação penal pública.

Como já se viu, segundo a jurisprudência da Corte IDH, firmada a partir do julgamento do caso *Gelman vs. Uruguai*, tanto os juízes como os órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis – como é indubitavelmente o caso do Ministério Público – têm a obrigação de exercer *ex officio* o controle de convencionalidade entre as normas internas e os tratados de direitos humanos em vigor no Estado, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, devendo, para tanto, levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana.³²

Deve-se reconhecer, portanto, que o Poder Judiciário e os órgãos indispensáveis à administração da Justiça realizam o controle de convencionalidade quando desempenham as suas funções institucionais, assumindo como verdadeiro *pressuposto de atuação* a análise e a ponderação da ordem jurídica interna à luz dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência da Corte IDH. Justifica-se o posicionamento apresentado porque, conforme demonstrado, o controle de convencionalidade deve se desenvolver no âmbito das atribuições correspondentes de cada um dos órgãos de administração da Justiça, bem assim no plano processual que lhes corresponda.

³² Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, sentença de 24.02.2011, Série C, nº 221, § 193.

Por entrepassar pelos limites de atribuição de todos os níveis dos órgãos de administração da Justiça, o controle de convencionalidade não é providência que se aperfeiçoa a partir ou ao cabo de um determinado marco processual ou mediante referendo de um órgão *controlador* em específico. A Corte IDH, no julgamento do caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, deixou claro que a Convenção Americana não estabelece um modelo a ser seguido pelos Estados para a realização do controle de convencionalidade, obrigação a ser observada por todos os órgãos vinculados à administração da Justiça, em todos os seus níveis.³³

Dessa maneira, o controle de convencionalidade exigido pela jurisprudência da Corte IDH relativamente a todos os órgãos do sistema de Justiça, segundo as suas respectivas competências e em todos os seus níveis, não é apenas aquele que reflete a supressão definitiva da norma inconvenional, senão também o que pauta a atuação funcional de cada instituição segundo as normativas convencionais sobre a legislação interna. Pode-se dizer, portanto, que o Ministério Público – como instituição permanente do Estado – efetivamente realiza o controle de convencionalidade das leis quando a sua própria atuação institucional se afigura literalmente *controlada* por essas mesmas normas de direito internacional.

Realizado o controle de convencionalidade pelo órgão do Ministério Público no âmbito de suas atribuições e no plano processual que lhe compete, cabe ao órgão do Poder Judiciário, também no âmbito de suas atribuições e no plano processual correspondente, realizar igual controle de convencionalidade das leis. Importa ressaltar que, encontrando-se todos os juízes e órgãos integrantes do sistema de justiça obrigados ao referido controle, o desatendimento de tal dever por parte de quaisquer deles não exime ou anula a atuação *ex officio* dos demais órgãos no desempenho dessa mesma obrigação-função. Por se realizar, na maior parte das vezes, no âmbito de um processo integrado por diferentes órgãos dotados de atribuições institucionais específicas, reafirma-se que o controle de convencionalidade, em regra, não se exaure na prática de um ato isolado, a cargo de um único órgão ou instituição, mas deve ser providência assumida e encadeada por todos os órgãos do sistema de justiça.

Não se pode, portanto, pensar que *não haveria* controle de convencionalidade pelo Ministério Público no caso de a demanda por ele proposta depender de apreciação pelo Poder Judiciário, pois se fosse assim também não haveria controle de convencionalidade (ou constitucionalidade) por um magistrado de primeira instância que vê sua decisão ser reformada pelo tribunal superior. Assim, da mesma forma que pode o magistrado de primeira instância realizar um perfeito controle de constitucionalidade ou de convencionalidade das leis, porém os tribunais de instâncias superiores deixarem de cumprir tal obrigação por

³³ Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 30.01.2014, Série C, n. 276, § 124.

entenderem contrariamente, afigura-se também perfeitamente possível que o membro do Ministério Público venha a atuar na realização de suas funções institucionais pautado pelo necessário controle de constitucionalidade ou de convencionalidade, independentemente de o órgão do Poder Judiciário deixar de realizar esse controle ou exercê-lo de modo diverso.

Em tais hipóteses, o que existe, portanto, são critérios distintos de controle capazes de chegar a soluções eventualmente diversas – pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário – e, assim, não há que se falar que inexistam controle pelo órgão ministerial, que analisa primariamente (*antes* do Judiciário) a convencionalidade de determinada lei.

Importa analisar, portanto, diante do quadro de funções institucionais do Ministério Público, em quais hipóteses os seus membros não apenas podem, mas devem efetivamente realizar o controle de convencionalidade das leis no Brasil. Necessário, portanto, estudar os casos ligados à atuação ministerial no âmbito dos procedimentos investigatórios destinados à tutela de interesses metaindividuais (§ 1º) e no que tange à persecução criminal (§ 2º).

§ 1º – Controle de convencionalidade nos procedimentos de tutela de interesses metaindividuais

Dentre as funções institucionais que a ordem constitucional confere ao Ministério Público, merece especial destaque a promoção do inquérito civil, destinado – nos termos do art. 129, III, da Constituição Federal – à “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A aptidão do inquérito civil e das ferramentas que o integram para a proteção de direitos de natureza essencialmente indivisível e transindividual legítima essas ferramentas jurídicas como instrumentos primordiais à proteção objetiva dos direitos humanos, não podendo a sua tramitação, por conseguinte, prescindir de um incessante processo de controle de convencionalidade.

A função ministerial de defesa da ordem jurídica somente pode ser adequadamente cumprida desde que preservados os princípios estruturantes dessa ordem, com destaque para o atendimento da hierarquia das normas. Dessa maneira, no âmbito do inquérito civil, que representa ferramenta constitucional privativa de investigação do Ministério Público para o cumprimento de suas funções, deve o órgão ministerial atentar não apenas para a adequação dos fatos investigados à lei, senão também para a aferição e adequação da própria lei à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos, observando ainda a jurisprudência da Corte IDH.

O controle de convencionalidade pelo Ministério Público nos procedimentos de tutela de interesses metaindividuais há de ser investigado relativamente à promoção da ação civil pública (A) e no que tange à celebração de compromissos de ajustamento de conduta (B).

A) Controle de convencionalidade na promoção da ação civil pública

A ação civil pública é o instrumento jurídico que visa à responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, nos termos da Lei nº 7.347/85. Dentre os seus legitimados está, evidentemente, o Ministério Público (art. 5º, I). Quando o órgão ministerial propõe uma ação civil pública para a proteção dos referidos interesses, deve levar em conta tanto a Constituição e as leis nacionais como as disposições presentes nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, realizando, além do controle de constitucionalidade, o devido controle de convencionalidade das leis.

Nesse contexto, independentemente do posicionamento posteriormente assumido pelo Poder Judiciário, certo é que o Ministério Público desempenha o controle de convencionalidade – segundo o apontado pela jurisprudência da Corte IDH no *Caso Gelman vs. Uruguai* – quando a sua atuação funcional, representada pelo ajuizamento da ação civil pública, é deflagrada com vigilância ao teor dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil.

Ressalte-se, por oportuno, que o controle de convencionalidade exigido pela Corte IDH não se subsume, no Brasil, à efetiva *retirada* da norma objetada do ordenamento jurídico, tal como se dá no controle abstrato de normas (controle concentrado) perante o STF. O controle de convencionalidade que prega a Corte IDH é prioritariamente *difuso*, pois incumbe a todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça.³⁴ Quando realizado o controle difuso de convencionalidade, não há retirada da norma do ordenamento jurídico e a decisão da causa não tem como objeto propriamente a inconveniência da lei, o que não significa que não tenha havido *controle* da convencionalidade da norma, pois o mister do poder controlador tem como pressuposto a resolução da equação normativa a que se adiciona o direito convencional.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade que é exercido pelo Ministério Público por oportunidade da propositura da ação civil pública tem natureza difusa, devendo se encontrar fundamentadamente exposto na causa de pedir da demanda e, embora não implique a retirada da vigência da norma in-

³⁴ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguai*, Mérito e Reparações, sentença de 24.02.2011, Série C, nº 221, § 193.

terna em desacordo com o direito internacional dos direitos humanos, determina a atuação ministerial contra um caso definido de violação a bens jurídicos de interesse de toda a sociedade. Denota-se, portanto, que é o controle de convencionalidade exercido pelo Ministério Público na fase extraprocessual que pode permitir à instituição deflagrar e definir os moldes da resposta do Estado contra o agente violador da ordem jurídica. Em encadeamento com o controle exercido pelo Ministério Público, no âmbito do Poder Judiciário, o controle de convencionalidade – nos limites das ações civis públicas – é exercido de maneira incidental e, por conseguinte, exposto no plano da fundamentação dos seus julgados, também sem implicar a retirada da vigência da norma interna inconvençãoal, mas determinando ao agente violador da norma o atendimento da providência decorrente daquele controle.

Demonstra-se, assim, que ao ajuizar a ação civil pública o Ministério Público não se limita apenas em reclamar ao Poder Judiciário o controle de convencionalidade das leis, mas, antes, *realiza tal providência* como pressuposto de sua atuação protetiva dos bens jurídicos de interesse da sociedade, provocando o sistema de justiça a – exercendo o mesmo controle, agora em outro plano – garantir proteção aos bens jurídicos violados ou ameaçados de violação. É por essa razão que pode o Ministério Público, em tese, realizar perfeito controle de convencionalidade das leis internas, e, como consequência, ajuizar a ação civil pública, sem que o Poder Judiciário realize idêntica providência.

Com o propósito de ilustrar esse entendimento, mencione-se que o Ministério Público Federal ajuizou, no ano de 2012, ação civil pública em face da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, visando a obtenção de acesso aos dados de 45 crianças ou mais que, de acordo com o censo demográfico de 2010, não se encontravam regularmente registradas nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais. O IBGE alegava que não poderia informar os dados das crianças que identificou sem registro de nascimento, argumentando o sigilo dos dados coletados, com base no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 161/1967 e no art. 1º, § 1º, da Lei nº 5.534/68.³⁵

Diante desse quadro, além do controle de constitucionalidade dos atos normativos internos suscitados pelo IBGE, o MPF também realizou o controle de convencionalidade daquelas normas, resultando na propositura de ação civil pública em face da fundação federal, visando a defesa de dezenas de crianças sem registro de nascimento, observado que no caso concreto as disposições de direito interno afrontavam os direitos estabelecidos nos arts. 18 (direito ao nome), 19 (direito da criança à proteção da família, da sociedade e do Estado) e

³⁵ MPF, Procuradoria da República de Bauru/SP, Ação civil pública de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipatória. Ref. peça de informação nº 1.34.003.000276/2012-76, distribuição: 13.08.2012 – Juízo da 1ª Vara Federal de Bauru/SP.

20 (direito à nacionalidade) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), bem como os arts. 1º, 2º, 7º e 8º da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança (1989).

Apesar de haver deferido a medida liminar requerida pelo MPF, o juízo federal de primeira instância, a nosso sentir, não realizou o devido controle de convencionalidade no caso, sob o entendimento de que o afastamento do sigilo de dados dos recenseamentos prejudicaria a finalidade dos estudos do IBGE. No entanto, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao receber o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, se alinhou ao controle de convencionalidade desenvolvido pelo *Parquet*, reconhecendo a obrigação de cumprimento liminar da medida reclamada na ação civil pública, com o fundamento declarado no voto do relator de que “a Convenção sobre os Direitos da Criança também prescreve em seu texto o direito ao nome, ao registro de nascimento e a todos os elementos que configuram a identidade”.³⁶

No entanto, a medida liminar concedida por oportunidade do julgamento do recurso de apelação pelo TRF-3 foi objeto de suspensão pela Presidência do STF, sob o entendimento de que “o afastamento do sigilo estatístico imposto pela decisão contrastada dispõe de potencialidade lesiva à ordem pública, por abalar a confiança daqueles que prestam as informações aos entrevistadores do IBGE, comprometendo a fidelidade e veracidade dos dados fornecidos e, por conseguinte, a própria finalidade daquele Instituto, a subsidiar a elaboração de políticas públicas em benefício da sociedade”.³⁷ Verifica-se, portanto, que, embora o MPF e o TRF-3 tenham realizado o controle de convencionalidade das normas internas, a nosso sentir o juízo de primeira instância e o STF não o fizeram.

O desenvolvimento do exemplo apresentado, onde se notam divergências quanto ao entendimento dos órgãos de diferentes níveis do mesmo sistema de justiça quanto à prevalência ou não das disposições convencionais em face da legislação interna de sigilo suscitada pela Administração Pública, não significa, contudo, que *não houve* controle de convencionalidade pelo órgão ministerial, que, no nosso entendimento, controlou devidamente a convencionalidade das normas citadas, mediante a deflagração da medida jurídica apropriada à defesa dos direitos das crianças que se encontravam sob estado de violação não admitida por tratados internacionais de que o Brasil é signatário.

A aprofundar a certeza de que o controle de convencionalidade realizado no âmbito do sistema de justiça não é privativo de quaisquer das instituições que integram as suas engrenagens, mas encadeado entre os órgãos que participam do seu funcionamento, deve-se observar o fato de que, em razão da obri-

³⁶ TRF-3, Apelação Cível nº 0005687-25.2012.4.03.6108/SP, 4ª Turma, voto do Relator Desembargador Federal Marcelo Saraiva, julg. 07.12.2016, *DJe* 20.01.2017.

³⁷ STF, Presidência, Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 1.103-SP, julg. 02.05.2017.

gação de inércia dos órgãos jurisdicionais, o controle de convencionalidade a ser realizado *ex officio* pelo Poder Judiciário, depende da propositura de uma demanda cuja promoção pressupõe o exercício desse mesmo controle por parte de seus legitimados. Visualiza-se aqui com clareza o cumprimento da determinação extraída da jurisprudência da Corte IDH, de que o controle de convencionalidade deve ser realizado por todos os níveis dos órgãos vinculados ao sistema de justiça, segundo a competência e o plano processual de cada um deles, haja vista que se cabe ao Poder Judiciário julgar as demandas processuais, compete ao Ministério Público exercer a ampla valoração do arcabouço normativo que integra a ordem jurídica para deflagrar ou não em juízo as medidas de proteção de interesses metaindividuais cabíveis, competindo a ambas as instituições o exercício do controle de convencionalidade em cada um daqueles momentos procedimentais.

B) Compromissos de ajustamento de conduta para adequação às exigências convencionais

Outra hipótese em que há controle de convencionalidade pelo Ministério Público em procedimentos de tutela de interesses metaindividuais dá-se quando o órgão ministerial celebra compromissos de ajustamento de conduta para adequação às exigências convencionais.

Deve-se ressaltar que, além de peça preliminar e preparatória para o ajuizamento da ação civil pública, visando a aferição e o consequente acionamento do Poder Judiciário para a proteção dos bens e interesses acima mencionados, o inquérito civil também permite que o Ministério Público tome compromisso de ajustamento de conduta de quaisquer interessados, com o propósito de adequar a sua atuação às “exigências legais”, nos termos do art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).³⁸

O Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, por sua vez, editou a Resolução nº 179/2017, pela qual entende ser o compromisso de ajustamento de conduta “instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração” (art. 1º, *caput*). Perceba-se que a redação do dispositivo é sobremaneira *mais ampla* que a do art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, pois, além da referência às “exigências legais”,

³⁸ *Verbis*: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

amplia tal controle às “exigências constitucionais”. Contudo, deve-se interpretar as expressões “exigências legais” e “exigências constitucionais” como *toda a coleção de normas* em vigor no Estado brasileiro, dentre as quais se incluem todas as convenções internacionais – nesse caso, de direitos humanos ou não – em vigor no Estado. Assim, é premente compreender que todos os membros ministeriais devem também realizar o controle das normas domésticas conforme as “exigências convencionais”, haja vista que a ordem jurídica que compete ao Ministério Público defender também é integrada por todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e em vigor entre nós.

Dessa maneira, quando o inquérito civil se encerra, não com a propositura de uma ação civil pública perante o sistema de justiça, mas com a tomada extrajudicial de compromisso de ajustamento de conduta dos interessados, pode e deve o agente ministerial não apenas aferir, senão efetivamente *controlar* a convencionalidade da legislação aplicável à matéria, verdadeiro pressuposto da atuação funcional do membro do Ministério Público.

A amplíssima importância social do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta pode ser ilustrada pela possibilidade de que esse compromisso seja celebrado não apenas por particulares, na resolução de um específico caso concreto, mas também, *v.g.*, pelo próprio Estado, para o fim de que, no âmbito de sua atuação coletiva ou difusa, respeite, a despeito de disposições legais diversas, procedimentos consentâneos com as normas internacionais de direitos humanos em vigor no Estado ou com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, pode o órgão ministerial exigir o cumprimento de obrigações dispostas no plano internacional que não estejam sendo efetivamente observadas, ou, ao contrário, exigir que se suspenda a realização de ações que, embora amparadas pela legislação interna, não encontrem adequação no plano dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

O Ministério Público do Estado do Ceará, *v.g.*, celebrou Termo de Ajustamento de Conduta com a Cia. Energética do Ceará (ENEL), fundamentado no art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), internalizado no Brasil pelo Decreto nº 591/1992, para definir o conceito de “direito à moradia”, e naquela oportunidade entendeu que a moradia constitui direito humano além do direito a um teto, abrangendo também o direito à moradia adequada e digna, por compreender os seus aspectos essenciais como o acesso à água e à energia elétrica.³⁹ Ao celebrar o negócio jurídico, o Ministério Público controlou a convencionalidade para compatibilizar o ordenamento jurídico à proteção do direito à moradia digna, abrangida pelo PIDESC,

³⁹ Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2016/05/11.10.2019-Termo-de-Ajustamento-de-Conduta-ENEL.pdf>>. Acesso em: 14 ago 2020.

que previu um espectro maior de proteção ao direito universal, fixando como obrigação da concessionária de serviço público solucionar a demanda de 128 mil consumidores afetados pelo recebimento de fatura de consumo de energia referente a meses distintos, com mesmo vencimento, ocasionada pela mudança do sistema interno da empresa, bem como resolver a demanda dos consumidores perante a Delegacia do Consumidor, nos outros termos da sinalagma.⁴⁰

O Ministério Público Federal, por sua vez, já controlou a convencionalidade de lei à luz da Convenção sobre o Direito das Pessoas com Deficiência, norma internalizada nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, ao celebrar Termo de Ajustamento de Conduta com a Associação Brasileira de Editoras de Livros Escolares (Abrelivros), fundamentado nos arts. 2º e 21 da Convenção, que impõem obrigação aos Estados-partes de adotarem medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o direito de buscar, receber e compartilhar informações, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas. À luz das normas convencionais citadas, que consideram discriminação qualquer forma de exclusão ou restrição baseada em deficiência, no que se inclui a recusa de adaptação razoável, cada uma das editoras filiadas à Abrelivros assumiu perante o MPF a obrigação de, em suas páginas digitais na *Internet*, criar um ícone destinado à solicitação de livros que não estejam disponíveis diretamente para a venda em formato acessível.

Evidencia-se, assim, a importância da iniciativa ministerial, porque a produção de livros apenas em formato impresso deixaria à margem de seu acesso aquelas pessoas que não conseguissem ler ou, ainda, manusear as suas páginas, citando-se como exemplo as pessoas cegas ou com baixa visão, bem como com dislexia, paralisadas ou de membros superiores amputados. Denota-se, portanto, que o Compromisso de Ajustamento de Conduta mencionado, baseado em tratado internacional de direitos humanos, assegurou o atendimento de direitos das pessoas com deficiências que não se encontravam estabelecidos na legislação nacional.

Ainda no plano do inquérito civil, o Ministério Público possui ampla independência para a realização do controle de convencionalidade das leis quando procede o seu *arquivamento*, ao decidir pela inexistência de fundamento para a propositura de ação civil pública, não sendo o caso de tomada de compromisso de ajustamento de conduta, hipótese em que a eficácia do ato realizado nessa seara apenas se submete ao requisito de *homologação* pelo órgão revisional da própria instituição ministerial. Aqui, da mesma forma, haverá efetivo *controle* de convencionalidade levado a cabo pelo órgão ministerial, pois sua decisão controlatória não escapa ao âmbito da própria instituição. Diferentemente são os

⁴⁰ Idem.

casos de mera *aferição* de convencionalidade, que, como já vimos, escapam ao âmbito da própria instituição, dado que caberá a outro órgão – o Poder Judiciário – dar a última palavra sobre o exame de convencionalidade (v. item I, *supra*).

Em suma, fora das hipóteses de ajuizamento de ação civil pública ou de celebração de compromisso de ajustamento de conduta, ao promover o arquivamento de inquérito civil ou de procedimentos de investigação correlatos, instaurados com o propósito inicial de promover a tutela de direitos e de interesses metaindividuais, o órgão ministerial pode reconhecer que determinada conduta objeto de apuração, apesar de evidenciar contrariedade com as normas internas, se afigura plenamente alinhada com previsões contidas em tratados internacionais de direitos humanos ou na jurisprudência da Corte IDH. Em casos tais, o Ministério Público, ao promover o arquivamento do inquérito civil ou de procedimentos de investigação correlatos, está controlando a convencionalidade das leis ao entender que as normas internas – que justificariam a continuidade dos referidos procedimentos investigatórios – são incompatíveis com garantias internacionais previstas em tratados de direitos humanos ou na jurisprudência da Corte IDH.

Confirma-se, portanto, que, em sede de inquérito civil, o controle de convencionalidade não ocorre propriamente por meio da judicialização da matéria objeto de investigação, podendo ser objeto de resolução na esfera extraprocessual, por meio da celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou do arquivamento sem essa providência. Aprofunda-se, dessa maneira, a certeza de que o manejo da ação civil pública não representa simples caminho de busca pelo controle de convencionalidade no âmago do Poder Judiciário, mas precisamente um dos desfechos processualmente previstos do controle de convencionalidade ministerial, que, conforme apontado, se opera por múltiplas vias, inclusive, quando do arquivamento do procedimento de investigação.

§ 2º – Controle de convencionalidade e persecução criminal

Entende-se por persecução penal o conjunto de medidas que compõem a investigação criminal, destinado ao isento esclarecimento da verdade dos fatos, bem como o manejo da correspondente ação penal, ao que se somam as decorrentes providências processuais necessárias à responsabilização do agente violador dos direitos da vítima. Perseguindo a defesa da ordem jurídica, ao longo de todo o itinerário percorrido ou acompanhado pelo Ministério Público no curso da persecução penal, deve se fazer presente o controle de compatibilidade das normas jurídicas internas, de natureza material ou processual, com o direito convencional.

Dessa maneira, o membro ministerial que, v.g., não determina o arquivamento de inquérito policial e promove ação penal pública em desacordo com tratado de direitos humanos, embora amplamente fundamentado pela legislação interna, não realiza o adequado controle de convencionalidade a que se encontra obrigado, oportunidade em que o Poder Judiciário deve rejeitar a denúncia oferecida, realizando o devido controle de convencionalidade que o membro do Ministério Público não realizou no momento processual oportuno. É certo, por outro lado, que o membro ministerial que, contrariando frontalmente o direito interno, sustenta a realização de medidas de persecução penal amparadas em normas convencionais, atua em autêntica defesa da ordem jurídica, providência essa que se espera seja acompanhada pelo Judiciário.

O controle de convencionalidade a ser exercido pelo membro do Ministério Público deve se fazer presente em todo o processo de persecução penal, desde a fiscalização dos procedimentos de investigação, o seu eventual arquivamento, o ajuizamento da ação penal pública e a sua correspondente tramitação. Verifiquemos, pois, como o Ministério Público controla a convencionalidade no arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal (**A**) e na promoção de ação penal pública (**B**).

A) Arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal e controle de convencionalidade

A nova redação conferida ao art. 28 do Código de Processo Penal – CPP pela Lei nº 13.964/19 (“Pacote Anticrime”) teve o propósito de conferir alinhamento do processo penal com o sistema acusatório, cujas raízes se encontram estabelecidas no art. 129, I, da Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública.

Respeitando o sistema acusatório, a decisão de arquivamento de qualquer investigação criminal concernente a crimes de ação pública deve se resolver no âmbito do próprio Ministério Público. Segundo esse cenário, será o membro ministerial que realizará o arquivamento da investigação criminal, sem a necessidade de remessa dos autos correspondentes a qualquer instância do Poder Judiciário. Realizada a comunicação da decisão ministerial de arquivamento à vítima, ao investigado e à autoridade policial, os autos da investigação devem ser remetidos ao órgão de revisão competente do Ministério Público.

Em hipóteses tais, o Ministério Público pode realizar de maneira imediata o controle de convencionalidade da legislação aplicável ao caso, deixando de permitir a continuidade de atos de investigação ou deixando de promover a correspondente ação penal nos casos em que verificar pretensão contrária a quaisquer man-

damentos previstos em tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil. Acrescente-se que, nessas hipóteses, se houver eventual insatisfação da vítima com os fundamentos do arquivamento promovido pelo Ministério Público, poderá ela postular a submissão da matéria à competente instância revisora da instituição ministerial, sem que, no entanto, o assunto seja submetido à deliberação do Poder Judiciário. Portanto, em tais casos não há dúvidas de que o órgão ministerial *controlou* a convencionalidade das leis, especialmente porque a decisão tomada no caso concreto não escapa aos limites da própria instituição, sem seguimento ao Poder Judiciário.

O controle de convencionalidade que deve ser realizado pelo Ministério Público em tais casos pode recair tanto sobre a tipificação da conduta objeto de investigação quanto sobre a legalidade dos procedimentos de investigação desenvolvidos pela autoridade policial. Na primeira hipótese, pode o membro ministerial determinar o arquivamento de investigações por entender que normas convencionais ou que a jurisprudência da Corte IDH isentam de tipicidade a conduta apurada.⁴¹ No segundo caso, a determinação de arquivamento pode se operar pela constatação de que a atividade de investigação violou direitos e garantias estabelecidos no plano internacional, ensejando inconveniências que, no caso concreto, estão a impedir a promoção da ação penal.

Tais apontamentos prestam-se, ainda, para aprofundar a importância do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, tal como determina a Constituição Federal no art. 129, VII,⁴² com o propósito de impor o efetivo controle de atuações policiais eventualmente capazes de comprometer a observância dos direitos humanos de investigados ou de vítimas de ilícitos, em prejuízo do desenvolvimento de um processo de persecução penal regular e eficiente.

B) Promoção da ação penal pública e controle de convencionalidade

O esclarecimento da verdade dos fatos por meio de um procedimento de investigação adequado e eficiente, e, sendo o caso, a deflagração da ação penal

⁴¹ Nesse sentido, cite-se o posicionamento da 5ª Turma do STJ, que, realizando o controle de convencionalidade do art. 331 do Código Penal em face do art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, descriminalizou a conduta tipificada como desacato, ressaltando que “punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo [sic] abolissem suas respectivas leis de desacato.” (STJ, RE 1.640.084/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, julg. 15.12.2016, *DJe* 01.02.2017).

⁴² *Verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar...”.

destinada a impor a responsabilização criminal dos agentes violadores dos direitos das vítimas representam medidas de proteção objetiva dos direitos humanos e de respeito à dignidade humana dos ofendidos pela criminalidade.⁴³ Dessa maneira, o controle de convencionalidade, por oportunidade da promoção da ação penal pública, pode se fazer presente para o afastamento de normas internas que prejudiquem indevidamente a persecução penal em juízo.

É importante ter em conta, da mesma forma, que o controle de convencionalidade também incide para garantir a regularidade do desenvolvimento de todas as fases da persecução penal, que, conforme já apontado, não se esgota e não se limita ao oferecimento formal da denúncia (inclusive em favor do investigado ou acusado). Em ambas as hipóteses, tem papel determinante a atuação do Ministério Público.

Com o propósito de ilustrar esse entendimento, relembre-se que o Procurador-Geral da República propôs perante o STF a ADI 4.424/DF, visando conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), para o fim de que o crime de lesões corporais consideradas de natureza leve, praticados contra a mulher em ambiente doméstico, se processasse mediante ação penal pública incondicionada (v. item, I, § 2º, A, *supra*). Naquela oportunidade, como já se viu, o chefe do Ministério Público da União, além da apresentação dos fundamentos constitucionais cabíveis à matéria, realizou a *aferição* de convencionalidade do direito interno, demonstrando que a exigência legal de representação da vítima para a persecução penal e a responsabilização do seu agente agressor estava a desrespeitar o disposto no art. 5 (1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que assegura a todos os indivíduos “o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

É importante acrescentar que a aferição de convencionalidade realizada pelo Ministério Público na referida ADI não se desenvolveu apenas com base na Convenção Americana, senão também à luz da jurisprudência da Corte IDH, haja vista que suscitou a aplicação do julgamento do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 1988, ao sustentar que “se o aparato estatal atua de modo a que a violação reste impune e não se restabeleça à vítima a plenitude de seus direitos, ‘pode-se afirmar que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição’”.

⁴³ Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Proteção objetiva dos direitos humanos e fundamentais e dignidade das vítimas da criminalidade: fundamentos das obrigações processuais penais positivas do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito). Cuiabá: Universidade Federal de Mato Grosso, 2020. 302 p.

Seguindo a linha adotada pelo Procurador-Geral da República, o STF, após fundamentar a inconstitucionalidade e a inconveniência da legislação processual penal que exigia a representação da vítima para a responsabilização penal de seu agressor, declarou que “[a] ação penal relativa à lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.⁴⁴

A aferição de inconveniência realizada pelo Procurador-Geral da República e o controle realizado de forma concentrada pelo STF no caso em referência comprovam que todos os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário deveriam realizar igual controle de constitucionalidade e de conveniência, para o fim de promover a persecução penal, e, sendo o caso, impor a responsabilização criminal de agentes agressores em situações de falta de representação da vítima de lesões corporais em âmbito doméstico, mesmo quando a legislação processual exigia tal providência.

O controle de conveniência pelos membros do Ministério Público, reconhecendo a invalidade da norma que exigia a representação da vítima para a persecução penal do seu agressor, com a conseguinte promoção das correspondentes ações penais públicas visando a responsabilização criminal dos agentes criminosos, bem assim o controle de conveniência da mesma norma pelo Poder Judiciário, realizando o processamento das demandas criminais propostas, são obrigações dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário absolutamente independentes do controle concentrado realizado pelo STF. No entanto, a incerteza prática da efetiva aplicação do controle de conveniência em tal hipótese pelo sistema de justiça criminal brasileiro serve para demonstrar a necessidade do aprofundamento das instituições e dos seus integrantes no tratamento da matéria.

Nesse mesmo sentido, ressalte-se o dever de controle de conveniência imposto a todos os órgãos do sistema de justiça criminal brasileiro pela Corte IDH a partir do caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, julgado em 20 de outubro de 2016, que reconheceu a imprescritibilidade do crime de redução a condição análoga à de escravo, previsto pelo art. 149 do Código Penal brasileiro.⁴⁵

⁴⁴ STF, ADI 4424, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, julg. 09.02.2012, *DJe*-148, *RTJ* v. 229-01.

⁴⁵ Corte IDH, *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 22 de outubro de 2016, Série C, nº 318, § 454: “[...] Além disso, a Corte constatou o caráter imprescritível do delito de escravidão e de suas formas análogas no Direito Internacional, como consequência de seu caráter de delitos de Direito Internacional, cuja proibição alcançou o status de *jus cogens* (par. 249 *supra*). Ademais, a Corte recorda que, de acordo com sua jurisprudência constante, os delitos que representem graves violações de direitos humanos não podem ser objeto de prescrição. Consequentemente, o Brasil não pode aplicar a prescrição a este caso e a outros similares”.

Dessa maneira, se, mesmo à vista da jurisprudência da Corte IDH acima apresentada, o órgão do Poder Judiciário decidisse absolver sumariamente o réu na ação penal proposta pelo Ministério Público, com fundamento na prescrição do crime de redução a condição análoga à de escravo, obedecendo as regras de direito penal e processual penal internas (art. 109, inc. III, do CP e art. 397, inc. IV, do CPP), certo é que estaria deixando de realizar o devido controle de convencionalidade no caso concreto. No entanto, não se pode deixar de reconhecer que, atuando segundo a jurisprudência da Corte IDH, o membro ministerial que promoveu a ação penal pública, afastando na hipótese a incidência das regras prescricionais dispostas no art. 109 do Código Penal, efetivamente realizou o controle de convencionalidade naquele mesmo caso, e, como consequência, deflagrou no âmbito de suas atribuições, e, segundo os critérios processuais correspondentes, a resposta esperada do Estado brasileiro pelo sistema interamericano de proteção de direitos humanos a um caso patente de violação que a ordem internacional considera expressamente imprescritível.

Importa lembrar, ainda, que o controle de convencionalidade no âmbito dos procedimentos de investigação e de persecução penal não se resume estritamente ao ato isolado de *proponer* a ação penal pública, mas também abrange *todas as providências de atuação funcional* do Ministério Público, visando a regularidade de sua tramitação, haja vista que a ação penal deve ser proposta para atender à finalidade de efetiva proteção dos direitos das vítimas e da defesa objetiva dos direitos humanos e fundamentais, com respeito a todas as regras concernentes ao devido processo legal.

Ilustrando a hipótese, convém apresentar dois casos sobre o mesmo tema, em que o Ministério Público Militar e o Ministério Público Federal atuaram em hipóteses que exigiram aferição e controle de convencionalidade, respectivamente, de um mesmo dispositivo da legislação ordinária (Código Penal Militar). Nos casos que serão apresentados, os diferentes órgãos do Ministério Público apresentaram idêntico entendimento acerca da matéria, no entanto, as respostas perfilhadas pelo Superior Tribunal Militar – STM e da Justiça Federal se revelaram completamente antagônicas na resolução da questão.

No primeiro caso, o Ministério Público Militar, realizando o controle de convencionalidade do art. 9, III, do Código Penal Militar à luz do art. 8(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, interpôs recurso em sentido estrito perante o Superior Tribunal Militar, com o propósito de que fosse determinada a remessa à Justiça Federal de inquérito policial militar instaurado contra civil. No entanto, o STM não realizou o adequado controle de convencionalidade da questão, entendendo que os fatos “se amoldam, em tese, à caracterização de crime militar [...] notando-se a perfeita subsunção do fato à norma”, motivo pelo qual a negativa da competência do foro militar representaria ofensa ao prin-

cípio do juiz natural.⁴⁶ Em contraposição aos argumentos ministeriais que fundamentavam a inconveniência do processamento de civis perante instâncias militares, o STM se limitou a assegurar que tal situação não violaria a Convenção Americana. No entanto, a Corte IDH, que detém a competência (*Kompetenz-Kompetenz*) de realizar a interpretação em última palavra da Convenção, no julgamento do caso *Palamara Iribarne vs. Chile*, foi claríssima em declarar que em nenhuma circunstância (repita-se: *nenhuma*) um civil pode ser submetido à jurisdição de um tribunal militar.⁴⁷

No segundo caso, o Ministério Público Federal, por provocação do juízo, apresentou parecer em que realizou a aferição de convencionalidade daquela mesma norma do Código Penal Militar, se posicionando pela fixação de competência da Justiça Federal para o conhecimento de termo circunstanciado lavrado em razão da prática de crime de desobediência supostamente cometido por civil contra militar. Nesse segundo caso, após ampla fundamentação lastreada na Convenção Americana e na jurisprudência da Corte IDH sobre o assunto, o magistrado federal competente declarou a “inconstitucionalidade, inconveniência e não recepção dos dispositivos do Código Penal Militar [...] que tipificam crime militares por civis em tempos de paz e autorizam a competência da Justiça Militar para julgar civis em tempos de paz, por violação aos arts. 5º, *caput*, LIII e § 2º, 123 e 124 da Constituição de 1988, e ao art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, como aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”.⁴⁸

Como se denota, no âmbito da persecução penal, a conduta do Ministério Público no controle da convencionalidade é fator primordial para impedir a impunidade de agentes violadores de direitos humanos das vítimas da criminalidade, mediante a remoção de entraves legais incompatíveis com tratados internacionais sobre direitos humanos e a jurisprudência da Corte IDH, bem como se presta a garantir o atendimento de direitos e deveres processuais assentados nessas mesmas fontes normativas, em favor dos interesses de investigados e de acusados.

⁴⁶ STM, Recurso em Sentido Estrito nº 56-75.2016.7.10.0010/CE, rel. Min. Alte. Esq. Carlos Augusto de Sousa, julg. 26.10.2017.

⁴⁷ *Verbis*: “En cuanto a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, la Corte estima que en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales militares.” (Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Mérito, Reparaciones e Custas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Série C, nº 135).

⁴⁸ 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Termo Circunstanciado nº 5038654-35.2019.4.02.5101/RJ Juiz Federal Frederico Montedonio Rego. Rio de Janeiro, 15.10.2019.

Considerações finais

Ao cabo desta exposição, pode-se concluir que o Ministério Público brasileiro, na sua condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é instituição que tem por *mister* fiscalizar e garantir o cumprimento de todo o mosaico normativo em vigor no Estado, inclusive os tratados internacionais de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil é parte, além de assegurar, por meio de todos os instrumentos processuais e extraprocessuais de sua alçada, a prevalência da interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação às normas de direitos humanos em vigor no Brasil, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A atuação do Ministério Público brasileiro na aferição e no controle de convencionalidade alcança especial dimensionamento e primazia porque, enquanto os demais órgãos integrantes do sistema de justiça, nos termos da jurisprudência da Corte IDH, devem realizar o controle de convencionalidade “no âmbito de suas competências”, o Ministério Público *tem como sua competência* a própria fiscalização da ordem jurídica, tal como estabelecido pelo art. 127 da Constituição Federal de 1988. Perceba-se, portanto, o plus que tem o Ministério Público relativamente às outras instituições essenciais à Justiça, exatamente pelo fato de a “defesa da ordem jurídica” ser a sua própria competência institucional-constitucional. Em outras palavras, enquanto os demais órgãos do sistema de justiça, no desempenho das suas finalidades institucionais, devem observar a convencionalidade das leis, para o Ministério Público o exame (aferição e controle) de convencionalidade é a sua ínsita finalidade institucional, razão pela qual a fiscalização do cumprimento/aplicação dos tratados de direitos humanos pela instituição se faz com muito maior vigor.

Prova disso é que o Ministério Público, ao lado do Poder Judiciário, é a única instituição essencial à Justiça que pode efetivamente *controlar* a convencionalidade (para além de *aferir* essa mesma convencionalidade) das leis nacionais, no âmbito de suas competências institucionais-constitucionais, a exemplo do que ocorre no arquivamento de inquérito policial e de procedimento de investigação criminal e quando promove a ação penal pública. Aqui, como se nota, trata-se de controle de convencionalidade *ultima ratio*, que não está a depender de chancela (ou deliberação) do Poder Judiciário, ficando o respectivo controle no âmbito da própria instituição.

Em suma, a obrigação constitucional congênita de fiscalizar a ordem jurídica e, com ela, desenvolver o exame de convencionalidade no manejo da integridade das ferramentas constitucionais e legais de atuação ministerial, torna obrigatório que todos os membros do Ministério Público – de todos os seus ramos

e níveis de atuação – detenham conhecimento das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana, além das condições e dos efeitos de sua integração ao sistema jurídico nacional. A seguir esses passos, o Ministério Público brasileiro cumprirá importante missão para além da que lhe destina a Constituição, consagrando-se instituição também *convencional* de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Referências

- BIDART CAMPOS, Germán J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III. Buenos Aires: Ediar, 1995.
- CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. *Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- DE CLÉMENT, Zlata Drnas. La complejidad del principio *pro homine*. *Jurisprudencia Argentina*, fascículo nº 12, Buenos Aires, mar./2015, p. 98-111.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) – Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19º año, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013, p. 607-638.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2020.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; RIBEIRO, Dilton. *The pro homine principle as an enshrined feature of international human rights law*. *The Indonesian Journal of International & Comparative Law*, v. III, issue 1, January 2016, p. 77-99
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública: instituição essencial ao controle de convencionalidade. *Revista Jurídica UNIGRAN*, v. 22, n. 43, jan./jun. 2020, p. 17-27.
- OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. *Proteção objetiva dos direitos humanos e fundamentais e dignidade das vítimas da criminalidade: fundamentos das obrigações processuais penais positivas do Estado*. Dissertação (Mestrado em Direito). Cuiabá: Universidade Federal de Mato Grosso, 2020. 302 p.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.