XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

LETÍCIA ALBUQUERQUE

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

ALESSANDRA VANESSA TEIXEIRA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alessandra Vanessa Teixeira; Letícia Albuquerque; Vladmir Oliveira da Silveira.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-641-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos.

XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos I teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 7 de dezembro de 2022, durante o XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Balneário Camboriú, Santa Catarina.

As apresentações foram divididas em blocos, sendo que em cada bloco houve a apresentação dos respectivos artigos aprovados, seguida do debate.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados.

O artigo A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O CASO LULA NO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS, de autoria de Letícia Albuquerque, Vanessa Chiari Gonçalves e Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros aborda o funcionamento dos órgãos dos tratados junto ao sistema universal de proteção aos Direitos Humanos das Nações Unidas a partir da atuação do Comitê de Direitos Humanos. O Comitê de Direitos Humanos monitora a adesão dos Estados Partes ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do qual o Brasil é signatário. O objetivo principal do trabalho consiste em verificar os impactos jurídicos da decisão do Comitê no caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, cuja decisão foi adotada em 2022. O artigo conclui que os impactos jurídicos da decisão do Comitê de Direitos Humanos são limitados, uma vez que não existem mecanismos que obriguem de forma efetiva os países a adotarem as recomendações feitas pelo órgão. A metodologia adotada é a analítica indutiva, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O artigo A SUSTENTABILIDADE HUMANISTA COMO PRECEITO NORTEADOR E LIMITADOR DAS CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS, de autoria de Alessandra Vanessa Teixeira e Carla Piffer busca verificar se a sustentabilidade humanista pode ser considerada um preceito norteador apto a limitar o modus operandi das corporações transnacionais na atual sociedade globalizada. Para tanto faz uma explanação acerca do poder e ascensão das corporações transnacionais no mercado global, para, após, verificar a possibilidade da interposição de limites à atuação dessas corporações por meio da sustentabilidade humanista. A metodologia adotada é a indutiva, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica. Conclui

que na condição de dimensão da sustentabilidade e levando em conta o seu objetivo que é o de orientar quanto à importância de se buscar alternativas para a construção de uma sociedade mais humana, a sustentabilidade humanista poderia ser utilizada como um preceito norteador apto a limitar o modus operandi das corporações transnacionais na atual sociedade globalizada.

O artigo PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS DO ESTADO NACIONAL: O DIÁLOGO TRANSCONSTITUCIONAL COMO MODELO DE INTERAÇÃO ENTRE ORDENS JURÍDICAS, de autoria de Wellington Barbosa Nogueira Junior, Eduardo Henrique Tensini e Carla Piffer, tem por objetivo discutir o transconstitucionalismo como uma nova maneira de pensar a relação entre ordens jurídicas de diferentes Estados, principalmente no que tange ao aprimoramento do conceito de acoplamento estrutural de Niklas Luhmann à luz do conceito de "razão transversal" proposto por Wolfgang Welsh.

O artigo A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º, §3º, DA CONSTITUIÇÃO E O STATUS DE RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS de autoria de Lorenzo Borges de Pietro e Maria Das Graças Pinto De Britto aborda as discussões acerca do status de incorporação ao direito interno dos tratados internacionais sobre direitos humanos e as respectivas correntes de interpretação que surgiram a partir da inclusão do §3º ao art. 5º da Constituição Federal. O artigo conclui pela atribuição de status constitucional aos tratados de direitos humanos.

O artigo A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E AS QUESTÕES MIGRATÓRIAS CONTEMPORÂNEAS NO BRASIL de autoria de Ricardo Hasson Sayeg e Helen Karina Luiz Calegaretti examina a proteção internacional dos refugiados e as questões migratórias contemporâneas no Brasil. O objetivo principal da pesquisa diz respeito à análise dos Tratados Internacionais e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), no que concerne ao refúgio. Para tanto, busca identificar quem é o refugiado, quem se enquadra nos cinco motivos com previsão internacional, bem como o alargamento nos motivos de concessão de refúgio. O artigo explora qual o papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos como garantidor de condições mínimas de sobrevivência dos refugiados, além de reconhecer o Brasil, constitucionalmente comprometido com o acolhimento e a proteção dos refugiados. O método utilizado foi a pesquisa qualitativa, de cunho descritivo, envolvendo um estudo empírico, com a realização de uma pesquisa bibliográfica e documental, utilizando-se de documentos como legislações e tratados.

O artigo A RESSIGNIFICAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE DECOLONIALIDADE, de autoria de Felipe Antonioli e Patricia Grazziotin Noschang busca

identificar a ideia de ressignificação de direitos humanos construída por Herrera Flores como instrumento de combate à colonialidade. Nesse sentido, salienta que a teoria crítica de Herrera Flores tem como objetivo redefinir direitos humanos como produtos culturais, frutos de contexto e, dessa forma, se relaciona à ideia de decolonialidade ao destacar sua função afirmadora e o seu papel de enfrentar a globalização eurocentrista. A nova compreensão de direitos humanos, proposta por Herrera Flores, possibilitaria uma afirmação das sociedades periféricas e marginalizadas e potencializaria suas lutas por dignidade, fortalecendo seus processos de resistência. O artigo adota o método dedutivo, através de pesquisa teórica bibliográfica.

O artigo CONTEXTO DE TRANSFORMAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL DIANTE DA PERSPECTIVIA CONTEMPORÂNEA DOS DIREITOS HUMANOS, de autoria de Camila de Medeiros Padilha, Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori traz uma análise sobre os direitos sociais como indispensáveis para a construção de uma vida digna. O artigo afirma que estes direitos são resultados provisórios de lutas e reivindicações para o acesso aos bens necessários à existência humana. A partir de tal afirmação, busca apresentar, através da conjugação, e não exclusão, de teorias tradicionais e reflexões críticas, os desafios da efetivação desses direitos. Conclui que, em que pese a indiscutível importância da teoria contemporânea dos direitos humanos, é necessário reconhecer que a sua matriz não contempla a realidade de um país que foi apresentado aos direitos humanos carregando em seu contexto uma origem colonial, e a experiência de um longo período de ditadura militar, e de intensa batalha contra a desigualdade social.

O artigo CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO, de autoria de Lucas Moraes Martins, Glauco Guimarães Reis , Bruno da Silva Chiriu, propõe uma reflexão sobre o controle de convencionalidade, como fenômeno de compatibilização entre normas domésticas, inclusive constitucionais, e os tratados internacionais de direitos humanos. O trabalho parte da esfera internacional para as particularidades do instituto no direito brasileiro. O objetivo deste artigo é o de demonstrar a frágil aplicação do controle de convencionalidade no direito brasileiro e a necessidade de sua ampliação pelo poder Judiciário no Brasil. No âmbito externo, destaca-se o papel da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos, cujas atribuições estão previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, à qual o Brasil se submete desde 11 de novembro de 1992 (Decreto Presidencial n° 678). A pesquisa é descritiva baseada na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, através do método dedutivo.

O artigo COVID-19 E GOVERNO BRASILEIRO: POSSÍVEL CRIME CONTRA A HUMANIDA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL A

PARTIR DO TRANSCONSTITUCIONALISMO, de autoria de Junia Gonçalves Oliveira, aborda a possibilidade de responsabilização do presidente brasileiro, perante o Tribunal Internacional Penal (TPI), por suas ações e omissões perpetradas durante a pandemia causada pelo Coronavírus SARS-CoV-2. O trabalho apresenta um estudo sobre o direito à saúde como um direito fundamental, um breve estudo sobre o Tribunal Penal Internacional, uma análise sobre a situação da pandemia no Brasil e a posição do governo pátrio. A fim de punir os responsáveis pela má gestão nacional durante a crise utiliza-se o transconstitucionalismo como uma ponte de transição, capaz de assegurar os direitos humanos. A pesquisa é exploratória por se tratar de um tema recente pouco estudado com aplicação do método dedutivo, a partir de premissas já elaboradas, que foram condensadas através de levantamento teórico, revisão bibliográfica, análise jurisprudencial, dentre outros.

O artigo DA INVISIBILIDADE AO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS POLÍTICOS DOS INDÍGENAS NO CASO YATAMA VS. NICARÁGUA, de autoria de Diego Fonseca Mascarenhas, Jeferson Antonio Fernandes Bacelar, Frederico Antonio Lima De Oliveira tem o objetivo de analisar como o Estado deve tratar os povos indígenas para alcançar o direito à igualdade de participação política. Para tanto, a pesquisa foi por meio de bibliografias e da jurisprudência do caso Yatama vs. Nicarágua perante a CorteIDH. A relevância do estudo consiste no fato de assinalar que a não participação dos povos indígenas na política implica na contenção de avanço de direitos ou na eliminação desse grupo. Tarefa que requer o estudo dos limites do discurso dos Direitos Humanos para salvaguardar direitos, como também examinar a perspectiva do relativismo cultural com relação ao universalismo dos Direitos Humanos, pelo fato de recair no problema do não reconhecimento de Direitos aos povos indígenas. O trabalho conclui que os direitos humanos são construídos por elementos concretos de ordem cultural que requer a presença de Estado regido por princípios do liberalismo político, no qual se lança na defesa da cidadania diferenciada proposta por Will Kymlicka.

O artigo DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO DO ESTADO DA CIDADE DO VATICANO NOS CASOS DE ABUSO SEXUAL COMETIDOS POR SEUS REPRESENTANTES, de autoria de Simone Alvarez Lima traz a discussão sobre casos de abuso sexual praticados por representantes do Estado da Cidade do Vaticano, tanto contra adultos quanto contra crianças. A pesquisa adota o método dedutivo e conclui que é preciso repensar o sistema internacional com a finalidade de atender as peculiaridades do Estado do Vaticano.

O artigo DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, DIREITOS HUMANOS E MIGRAÇÕES, de autoria de Claudinei Ferreira Moscardini Chavasco, Heroana Letícia

Pereira discute acerca da relação entre direitos humanos, desenvolvimento e fluxos migratórios, com enfoque nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. O artigo reflete sobre a relação entre direitos humanos e o direito brasileiro, especialmente na Constituição, bem como a relação entre Desenvolvimento Sustentável e amparo aos imigrantes. A metodologia desenvolvida se deu através de uma abordagem qualitativa, com pesquisa bibliográfica, utilizando como fontes livros, artigos científicos, teses, entre outras. O artigo conclui que o direito passou a seguir uma tendência de buscar implementar os direitos humanos de acordo com a Agenda 2030 das Nações Unidas.

O artigo DIÁLOGOS MULTICULTURAIS DE DIREITOS HUMANOS ECONÔMICOS. UMA PONTE ENTRE POVOS PARA A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA, de autoria de Barbara Della Torre Sproesser aborda a questão da existência de divergências em relação aos fundamentos dos Direitos Humanos, compreendendo tais diferenças com base na multiplicidade de culturas, povos e sociedades. O trabalho afirma que há divergência de premissas na percepção dos Direitos Humanos nas sociedades islâmicas em relação às ditas ocidentais e estabelece uma ponte entre a corrente de direitos econômico antropofilíaca e o arcabouço jurídico islâmico de Direitos Humanos. Conclui pela necessidade de estabelecimento de bases comuns de discussão dos Direitos Humanos, as quais devem permitir sua efetiva implementação em uma ordem jurídica monista sendo possível e viável uma convergência entre as diferentes culturas.

O artigo DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NEGRAS: UMA ANÁLISE DO CASO MÁRCIA BARBOSA DE SOUZA, de autoria de Alanna Aléssia Rodrigues Pereira, apresenta uma análise do caso Márcia Barbosa de Souza na Corte Interamericana de Direitos Humanos com objetivo de identificar como tem se dado a proteção dos direitos humanos de mulheres negras no Brasil e na Corte. O artigo conclui que em que pese o reconhecimento da violência de gênero ser um problema estrutural e generalizado, a Corte IDH deixou de considerar um fator importante: a condição de mulher negra de Márcia.

O artigo O ACESSO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL, de autoria de Rita de Kassia de França Teodoro, Maria Fernanda Leal Maymone tem como objetivo compreender as dificuldades de acesso relativos às informações e aos dados ambientais do Poder Público e, especificamente, sua disponibilização como verdadeira ferramenta de efetivação de direito de acesso à informação ambiental. A pesquisa é qualitativa, adotando o método dialético e foi realizada por meio de levantamento bibliográfico, onde foram estudados os conceitos relacionados aos Direitos Humanos e ao Direito Ambiental e ao Direito Internacional em conjunto com documentos jurídicos e relatórios técnicos constantes em sites nacionais e internacionais.

O artigo O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: O CAMINHO DAS DECISÕES DA CORTE IDH E DA CIDH, de autoria de Isis De Angellis Pereira Sanches, busca investigar o processo de supervisão de sentenças do Brasil perante o Sistema Regional Interamericano de proteção de direitos humanos. Como metodologia, foram selecionados como objetos de análise do trabalho todas as condenações em casos contenciosos perante a Corte IDH, em razão da sua importância e dos seus efeitos claramente vinculantes ao país; duas soluções amistosas que envolvem o Brasil, em razão a disposição do próprio Estado em remediar a violação de direitos; bem como duas recomendações da CIDH com alto impacto e repercussão no país. O artigo conclui que o sistema interamericano de direitos humanos não tem um sistema eficaz de execuções das sentenças proferidas no ordenamento jurídico interno dos Estados por ela condenados.

O artigo REFLEXÕES SOBRE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO: A CONDENAÇÃO DO BRASIL NO "CASO BARBOSA DE SOUZA E OUTROS VS. BRASIL" E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, de autoria de Ana Paula Martins Amaral, Alex Maciel de Oliveira, Fernanda Proença de Azambuja aponta que a questão da violência contra a mulher, enquanto fenômeno socio-estrutural enraizado culturalmente na sociedade, é um problema global que atinge mulheres de diferentes etnias, faixas etárias, classes, etc. Porém, a situação é ainda mais sensível no Brasil, uma vez que, há anos, o País encabeça estudos de países com os maiores índices de violência de gênero. A luz de tal questão o artigo busca analisar a decisão do caso Barbosa de Souza vs. Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, contextualiza a realidade da violência de gênero - sobretudo a doméstica - existente no Brasil; analisa os pontos precípuos da decisão da Corte IDH no "Caso Barbosa de Souza vs. Brasil", e, finalmente, apresenta considerações sobre o dever do Brasil de adequar a sua legislação interna à jurisprudência da Corte, uma vez que o Brasil reconhece a sua jurisdição contenciosa dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O método usado é qualitativo quanto à abordagem, exploratório e descritivo, quanto ao objetivo, e bibliográfico, quanto ao procedimento.

Pesquisar Direitos Humanos no contexto do Brasil e da América Latina é essencial para resistir aos ataques constantes às conquistas realizadas nessa seara.

Parabéns aos integrantes do GT, que contribuem para o debate e aprimoramento da área.

Boa Leitura!

Profa. Dra. Alessandra Vanessa Teixeira – Universidade do Vale do Itajaí

Profa. Dra. Letícia Albuquerque – Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

CONVENTIONALITY CONTROL IN THE BRAZILIAN LAW

Lucas Moraes Martins
Glauco Guimarães Reis
Bruno da Silva Chiriu

Resumo

O presente artigo científico, utilizando a metodologia consistente na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como o método dedutivo, propõe uma reflexão sobre o controle de convencionalidade, como fenômeno de compatibilização entre normas domésticas, inclusive constitucionais, e os tratados internacionais de direitos humanos, partindo-se da esfera internacional para as particularidades do instituto no direito brasileiro. O objetivo deste artigo é o de demonstrar a frágil aplicação do controle de convencionalidade no direito brasileiro e a necessidade de sua ampliação pelo poder Judiciário no Brasil. No âmbito externo, destaca-se o papel da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos, cujas atribuições estão previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, à qual o Brasil se submete desde 11 de novembro de 1992 (Decreto Presidencial n° 678). No plano interno, analisa-se a aplicação do instituto pelo Supremo Tribunal Federal em casos emblemáticos, constatando-se a sua importância para o controle da validade do direito doméstico, eis que se constitui importantíssimo instrumento de controle, evitabilidade e reparação da violação de direitos humanos, necessitando de estudos mais aprofundados, especialmente no que se refere aos procedimentos que devem nortear a sua aplicação no direito pátrio, considerando a ausência absoluta de normas nesse sentido no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Convencionalidade, Tratados de direitos humanos, Corte interamericana, Convenção americana, Direito doméstico, Controle

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific article, using the methodology consistent with the bibliographic and jurisprudential research, as well as the deductive method, proposes a reflection on the control of conventionality, as a phenomenon of compatibility between domestic norms, including constitutional ones, and international human rights treaties, starting from from the international sphere to the particularities of the institute in Brazilian law. The purpose of this article is to demonstrate the fragile application of conventionality control in Brazilian law and the need for its expansion by the Judiciary in Brazil. In the external sphere, the role of the Inter-American Commission and Court of Human Rights stands out, whose attributions are provided for in the American Convention on Human Rights, to which Brazil has been subject since November 11, 1992 (Presidential Decree No. 678). Internally, the application of the institute by the Federal Supreme Court in emblematic cases is analyzed, noting its

importance for the control of the validity of domestic law, since it constitutes a very important instrument of control, avoidability and repair of the violation of rights. human rights, requiring further studies, especially with regard to the procedures that should guide their application in national law, considering the absolute absence of norms in this sense in the Brazilian legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventionality, Human rights treaties, Inter-american court, American convention, Domestic law, Control

INTRODUÇÃO

Este artigo procedeu a investigação científica empregando a metodologia consistente na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se do método dedutivo.

O direito contemporâneo tem se pautado pelo protagonismo na proteção dos direitos humanos, com forte influência na relação entre direito interno e internacional.

Tanto no Brasil quando no exterior as relações entre Constituições e Direito Internacional vem ganhando lugar de destaque nos debates políticos e jurídicos, considerando-se que diante de um mundo globalizado, em que há constante fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é necessário harmonizar a relação entre as diversas ordens jurídicas nacionais e supranacionais.

A discussão sobre a influência dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio somente ganhou força com a redemocratização e a promulgação da Constituição da República (BRASIL, 1988), que introduziu no ordenamento jurídico extenso rol de direito fundamentais a serem estritamente observados pelos Estados, inclusive com a previsão da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e de regência do Estado Brasileiro, em suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II).

Diante das diretrizes já estabelecidas, de respeito à dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos, o constituinte originário fez constar após o rol de direito fundamentais individuais o parágrafo segundo do art. 5º, da Constituição (BRASIL, 1998) com previsão de que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Posteriormente, a Emenda Constitucional n° 45 (BRASIL, 2004) acrescentou o parágrafo terceiro ao art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988), estabelecendo um *quórum* qualificado de aprovação de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos para que se tornem equivalentes às emendas constitucionais.

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal, no paradigmático caso da prisão civil do depositário infiel (Tema 60, RE 466343)1, conferiu *status* de supralegalidade aos tratados de direitos humanos ratificados pelo direito brasileiro, fomentando o debate jurídico acerca do

instituto da compatibilização do ordenamento jurídico interno com os tratados internacionais de direito humanos ratificados e internalizados.

Nessa linha, o controle de convencionalidade das leis e práticas nacionais surge como criação conjunta da atividade jurisprudencial e das normas e princípios reconhecidos nos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Logo, propõe-se uma reflexão sobre o fenômeno do controle de convencionalidade, partindo-se da esfera internacional para as particularidades do tema no direito brasileiro, passando pela análise que vem sendo realizada sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal.

1. ORIGEM DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

As graves violações de direitos humanos ocorridas nas duas grandes guerras mundiais impuseram significativas transformações nas relações sociais e, por conseguinte, nas relações jurídicas delas advindas.

A proteção jurídica dos direitos humanos recebeu força do movimento constitucionalista e das codificações internacionais, especialmente da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), da Convenção Europeia de Direito Humanos (1950) e da Convenção Americana de Direito Humanos (1969).

A implementação de referidas normas internacionais de proteção dos direitos humanos no âmbito interno de cada país, no entanto, mostrou-se tímida ao longo dos últimos anos, especialmente porque ainda vige a concepção de um direito interno autossuficiente e fechado em si mesmo.

Fez-se necessária, assim, a atuação conjunta do judiciário doméstico e dos organismos internacionais na defesa dos direitos humanos, culminando na criação do "controle de convencionalidade", fenômeno de compatibilização entre leis domésticas e tratados de direitos humanos.

A expressão "controle de convencionalidade" foi utilizada, pela primeira vez, pelo Conselho Constitucional Francês (na Decisão 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, que tratava da análise de constitucionalidade de uma lei que versava sobre a interrupção voluntária da gestação, tendo em vista a possibilidade de violação do "direito à vida", assegurado no art. 2º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, ratificada e reconhecida pelo Estado Francês).

1 Tese fixada no Tema 60/STF (2008). É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito..

Na França, as leis ordinárias, antes de sua aplicação, devem ser submetidas ao Conselho Constitucional (órgão equivalente ao STF), para verificação da sua compatibilidade com o texto constitucional.

Já os tratados e acordos internacionais ratificados têm, a partir de sua publicação, hierarquia superior às leis ordinárias.

Logo, ao Conselho Constitucional Francês cabe dois tipos de controle normativo: a adequação das leis com a Constituição e a adequação das leis com os tratados e acordos internacionais, denominados, respectivamente, de controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade:

> Considerando, em primeiro lugar, que nos termos do artigo 55 da Constituição: "Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde sua publicação, uma autoridade superior àquela das leis, sob condição, para cada acordo ou tratado, de serem aplicados pela outra parte" […] Considerando, com efeito, que as decisões tomadas em aplicação do artigo 61 da Constituição revestem um caráter absoluto e definitivo, tal como resulta do artigo 62, que obsta a promulgação e a vigência de toda disposição declarada inconstitucional; que, ao contrário, a superioridade dos tratados sobre as leis, cujo princípio está estatuído no artigo 55 já citado, apresenta um caráter ao mesmo tempo relativo e contingente, tendo em vista, por um lado, que ela é limitada ao campo de aplicação do tratado e, por outro lado, que ela é subordinada a uma condição de reciprocidade cuja realização pode variar conforme o comportamento do ou dos Estados signatários do tratado e o momento em que deve ser apreciado o respeito dessa condição; […] Considerando que assim o controle do respeito ao princípio enunciado no artigo 55 da Constituição não poderia ser exercido no contexto do exame previsto no artigo 61, em razão da diferença de natureza desses dois controles. (ECLI:FR:CC:1975:74.54.DC/ Journal officiel du 16 janvier 1975, page 671. Recueil, p. 19).

Ainda no âmbito Francês, o controle de convencionalidade poderia ser exercido tanto pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, quando pela jurisdição nacional (juízes e tribunais domésticos).

Entretanto, na decisão 74-54 DC, de 1975, o Conselho Constitucional Francês deixou claro a prevalência do direito interno sobre os tratados e convenções internacionais, negando a existência dos tratados internacionais na composição do "bloco de constitucionalidade". Na ocasião, concluiu o Conselho que a lei que violasse um tratado não violaria automaticamente a constituição, não lhe competindo a análise da compatibilidade vertical entre lei e tratado.

O controle de convencionalidade exercido pelos tribunais das cortes internacionais encontra fundamento de validade nas próprias convenções e tratados de direitos humanos, que destinam capítulos próprios à criação, estrutura e funcionamento das suas respectivas cortes julgadoras. Já o controle de convencionalidade interno decorre das normas constitucionais de proteção aos direitos humanos e da obrigatoriedade de cumprimento dos tratados internacionais ratificadas pelos países.

Apesar de o controle de convencionalidade ter origem europeia, foi na América que o fenômeno se desenvolveu, tanto na modalidade de controle nacional como transnacional das convenções e tratados internacionais.

2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é composto pelo conjunto de diplomas que têm como objeto a proteção e a promoção dos direitos do homem no continente americano.

Referido sistema é composto por dois regimes distintos: a) regime da Carta da Organização dos Estados Americanos; b) regime da Convenção Americana de Direitos Humanos, composto por quatro diplomas normativos fundamentais: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e o Protocolo de San Salvador (1988), versando sobre direitos sociais e econômicos.

Atualmente, o diploma central do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada em 1969 na cidade de San José da Costa Rica, com entrada em vigor em 1978.

Duas características do referido diploma normativo internacional se relacionam diretamente com o controle de convencionalidade: a) uma estrutura institucional de acompanhamento e controle do cumprimento da Convenção, por meio de órgãos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direito Humanos, e b) a previsão de responsabilidade dos Estados com o conteúdo da convenção.

2.1 - A COMISSÃO E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão e a Corte Interamericanas de Direitos Humanos, conforme anteriormente mencionado, são os dois órgãos responsáveis por supervisionar e controlar o cumprimento das

disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo, respectivamente, a competência de promover ações e de sancionar violações contra os Estados-partes violadores de direitos humanos no continente americano. A Comissão Interamericana tem sede em Washington, nos Estados Unidos e a Corte Interamericana tem sede em San José, na Costa Rica.

Para submissão de um caso de violação de direito humano à Comissão é necessária a comprovação do esgotamento da jurisdição interna (salvo se comprovado negativa de acesso à jurisdição); inexistência de litispendência internacional; observância do prazo de seis meses, contados a partir da data em que a presumida vítima tenha sido notificada da decisão definitiva no plano interno.

Dos dois órgãos, apenas a Corte Interamericana de Direito Humanos foi concebida no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, com funções distintas: consultiva e contenciosa. A função consultiva é aplicável a todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), e consiste na interpretação das normas da Organização e dos demais tratados de direitos humanos, assim como na análise de compatibilidade entre a produção normativa interna dos Estados-membros e os diplomas internacionais de direitos humanos. De outra parte, a função contenciosa é condicionada à aceitação de jurisdição obrigatória pelos Estados. No plano contencioso a Corte tem legitimidade para fazer cumprir o conteúdo decisório de suas sentenças.

Em ambas as funções, a Corte realiza controle de convencionalidade das leis.

Todavia, cabe destacar uma crítica tecida à Convenção Americana de Direitos Humanos no que se refere à atuação da Corte.

Enquanto a legitimidade para apresentação de petições que contenham denúncias ou queixas de violação da Convenção IDH por um Estado parte é bastante ampla, já que podem peticionar ao órgão qualquer pessoa, à Corte, conforme previsto no art. 61. 1, "Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão". Isso significa que, ao contrário do que ocorre na Comissão, não se admite petição individual (proposição de ação pela vítima ou por seus representantes) perante a Corte Interamericana, diferentemente do que ocorre atualmente no regime da Convenção Europeia de Direitos do Homem – a qual, devido ao Protocolo nº 11 (1998), passou a admitir essa possibilidade.

No entendimento de Cançado Trindade, tal postura, adotada pela Convenção Americana, acaba por desvalorizar o direito subjetivo da pessoa humana de pleitear o respeito e a proteção de seus direitos diante de cortes internacionais, negando "a posição dos indivíduos como verdadeiros sujeitos do direito internacional dos direitos humanos" (TRINDADE, 2013, p. 26).

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional do sistema regional americano.

O órgão vem desenvolvendo, nos últimos anos, mecanismos eficazes para a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito interno dos Estados.

Dentre eles, destaca-se o controle de convencionalidade, ferramenta que permite aos Estados efetivar a obrigação de garantia dos direitos humanos no âmbito interno, através do controle de conformidade das normas e práticas nacionais com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, havendo incompatibilidade entre norma nacional e a ordem jurídica interamericana, as autoridades estatais devem abster-se de aplicar a norma interna para evitar violações de direito humanos.

A Corte possui função consultiva e contenciosa. Na primeira, segundo Héctor Fix-Zamudio (2016, p.511), o exercício da competência consultiva da Corte não se qualifica como jurisdicional, já que a sua decisão não implica a resolução de uma controvérsia por órgão imparcial, mas apenas a emissão de opinião acerca de preceitos sobre interpretação. Na competência consultiva, a opinião da Corte não assume caráter vinculante e não supõe uma sentença com autoridade de coisa julgada.

Já no plano contencioso, afirma Flávia Piosevan (2000, p.45) que a sentença da corte tem força jurídica vinculante e obrigatória. Em caso de fixação de compensação à vítima, a decisão vale como título executivo, de acordo com os procedimentos internos de execução contra a Fazenda Pública. De qualquer forma, não se pode olvidar que a Corte exerce jurisdição subsidiária e complementar à jurisdição interna, não se consubstanciando em um tribunal de apelação ou cassação dos órgãos jurisdicionais internos.

Os fundamentos do controle de convencionalidade estão na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 1º, 2º, 29 e 30) e na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (arts. 26 e 27).

Referidos dispositivos normativos impõem aos Estados Partes a obrigação de adotar medidas de variadas ordens efetivas e condizentes com os direitos consagrados na Convenção, especialmente na atividade de criação e interpretação da legislação interna. A Convenção de Viena, inclusive, estabelece a observância dos princípios da boa-fé e do pacta sunt servanda, além da impossibilidade de se invocar o direito interno para o não cumprimento dos tratados.

Segundo Mário Coimbra e Sérgio Tibiriçá Amaral (2015, p. 131/132), todas as espécies normativas do art. 59 da CR/88 estão sujeitas aos controle de convencionalidade, cuja sentença pode determinar a modificação, a revogação, a anulação ou reformas de normas ou mesmo políticas executivas, com o intento de promover do Direitos Humanos. Além das espécies normativas previstas na CR/88, decisões judiciais e atos administrativos podem ser objeto de controle de convencionalidade.

Como parâmetro de controle, por sua vez, já se utilizou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a jurisprudência da corte, outros tratados da OEA e leis de Genebra.

Sobre a evolução da jurisprudência da Corte IDH, destacam Aline Albuquerque e Aléssia Barroso (2018, p. 381) o Caso *Barrios Altos vs. Peru*, julgado em 2001, que tratou da convencionalidade das leis de anistia e autoanistia. A partir da interpretação fixada pela própria Corte IDH, a promulgação de uma lei manifestamente contrária à Convenção Americana constitui uma violação desta e pode acarretar a responsabilização internacional do Estado.

Outros casos ilustram o trabalho das referidas autoras, a exemplo do Caso *"La ùltima Tentación de Cristo* vs. Chile (direito à liberdade de expressão e pensamento).

Nos julgamentos de casos submetidos à sua jurisdição, a Corte IDH foi desenvolvendo com maior precisão o conteúdo do controle de convencionalidade, apontando os seguintes aspectos, que devem ser observados na sua aplicação: a) análise da compatibilidade das normas e demais práticas internas com a Convenção Americana, a jurisprudência da Corte IDH e com os demais tratados internacionais de direitos humanos dos quais os Estados sejam parte; b) trata-se de uma obrigação que compete a toda autoridade pública no âmbito de suas competências/atribuições, incluindo o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e o Poder Executivo, e deve ser exercida de ofício, inclusive; c) o parâmetro de convencionalidade se estende a outros tratados de direitos humanos de que o Estado seja parte; d) o parâmetro de convencionalidade se aplica tanto no exercício da competência contenciosa quanto consultiva.

Fixou-se, ainda, no âmbito da jurisprudência da Corte IDH, aspectos importantes sobre o alcance de suas decisões: a) quando existir uma sentença internacional prolatada em caráter de coisa julgada a respeito de um Estado que tenha sido parte no caso submetido à jurisdição da Corte IDH, todos os órgãos do referido Estado, incluindo os juízes e órgão ligados à administração da justiça também estão submetidos à sentença; b) em situações nas quais o Estado não tenha sido parte no processo internacional e que se estabeleceu determinada jurisprudência, apenas pelo fato de ser parte na Convenção Americana, as autoridades públicas e órgãos estatais, incluídos juízes e demais órgãos vinculados à administração judiciária em todos os níveis, estão

obrigados pelo tratado, devendo, portanto, levar em conta os **precedentes** na resolução de seus conflitos internos.

Tecidas as linhas gerais do controle de convencionalidade no plano internacional, passa-se à análise do instituto no direito brasileiro, com destaque para a sua crescente utilização pelo Supremo Tribunal Federal.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

A Constituição da República (BRASIL, 1988) foi a primeira a utilizar a expressão "Direitos e Garantias Fundamentais" para se referir às diversas espécies de direitos nela previstos, tais como os individuais, coletivos, sociais, políticos, dentre outros.

Embora a terminologia adotada pelo texto constitucional seja a de "direitos fundamentais", há outras expressões que podem e seguem sendo utilizadas (inclusive pela própria constituição), tais como: "direitos humanos", "direitos do homem", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais". Porém, a maioria da doutrina entende que há diferenciação que deve ser estabelecida entre as expressões.

Nessa linha, tem-se reconhecido que a expressão "direitos humanos" serve a definir os direitos estabelecidos na esfera do Direito Internacional e em tratados e normas sobre a matéria, enquanto os "direitos fundamentais" são aqueles reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional dos Estados, embora o conteúdo desses direitos seja o mesmo (CONCI, 2014, p. 363).

O constituinte originário fez constar na Constituição da República (BRASIL, 1988) o art. 5º, parágrafo segundo, ressaltando a proteção constitucional conferida aos direitos previstos nos tratados e convenções em que a República do Brasil seja parte.

A Emenda Constitucional n° 45 (BRASIL, 2004), no entanto, representa um marco no que se refere ao controle de convencionalidade no Brasil e à atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos humanos. Referida emenda adicionou o §3º ao art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988), dispondo que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

A inserção desse dispositivo no texto constitucional resultou nas seguintes alterações: 1) passa a existir uma dupla compatibilidade vertical material para produção normativa no direito doméstico: a compatibilidade das leis com a Constituição e a compatibilidade das leis com as convenções e tratados internacionais de direitos humanos (MAZZUOLI, 2013, p. 4-7); 2) passa a

haver dois regimes de diplomas internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. O regime dos tratados de direitos humanos adotados pela Constituição, mas que não passaram pelo quórum legislativo, consoante o art. 5º, § 2º, (âmbito material), com status supralegal, e o regime dos tratados de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, que passaram pelo quórum legislativo, de acordo com o § 3º do art. 5º, sendo considerados, formal e materialmente, constitucionais; 3) passa a ser possível a utilização de ações constitucionais (ADI, ADC, ADPF, ADO) para exercer o controle de convencionalidade no País.

O Brasil incorporou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 11 de novembro de 1992, por meio do Decreto Presidencial n° 678. Todavia, somente em 10 de dezembro de 1998 (BRASIL, 19998) a declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos humanos foi depositada na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, e apenas a partir de 2002 o País passou a submeter-se à jurisdição obrigatória da Corte Interamericana mediante o Decreto n° 4.463.

O Estado brasileiro já reconheceu diversos diplomas e instrumentos de Direito Internacional de Direitos Humanos, destacando-se: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura (1985) e Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994). Outrossim, em 2002 o Brasil reconheceu as competências dos comitês da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Torturas e Discriminação Contra a Mulher e da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.

O controle de convencionalidade, no entanto, ainda não constitui uma prática efetiva no Brasil.

A título de exemplo, Aline Albuquerque e Aléssia Barroso (2018, p. 407), citam decisão do STF no julgamento da ADPF 153/DF, de relatoria do Ministro Eros Grau, em que o Tribunal reconheceu a compatibilidade da Lei de Anistia com a CR/88, apesar de, no plano internacional, a Corte IDH, no caso *Gomes Lund e Outros vs. Brasil,* em sede de controle de convencionalidade pronunciou-se no sentido da incompatibilidade da Lei de Anistia e a Convenção Americana. No caso, o Brasil ressaltou, em informações prestadas à Corte IDH, que respeitou o devido processo legal, foi transparente, permitiu a participação judicial e, por outro lado, haveria a incidência do caráter subsidiário da atuação dos órgãos do Sistema Interamericano de Direito Humanos, que não poderiam constituir-se em tribunais de alçada (quarta instância) para examinar alegados erros, de fato ou de direito, cometidos por tribunais nacionais que tenham atuado dentro de suas competências.

Entretanto, o âmbito interno, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando, de forma ainda acanhada, o controle de convencionalidade, a exemplo do RE 466.343 (BRASIL, 2008), que trata da prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos.

No caso, a Constituição da República de 1988 admitia a prisão por dívida do depositário infiel e do devedor de alimentos. Contudo, o Pacto de San José da Costa Rica não previa a prisão por dívida do depositário infiel, havendo um incompatibilidade entre os textos. Na ocasião, o STF reconheceu o status supralegal dos tratados internacionais de direito humanos e afirmou que como a prisão civil do depositário infiel dependeria de regulamentação normativa, qualquer lei nesse sentido seria "inconvencional", e, portanto, inválida.

Outros casos marcaram o controle de convencionalidade exercido no âmbito do Supremo Tribunal Federal: a) HC 82.424-2/RS (imprescritibilidade do racismo por meio de publicação antissemita); b) RE 407.688/SP (validade da penhora de bem de família do fiador); c) HC 82.959-7/BA (proibição da exigência de prisão para recorrer da condenação); d) ADI 3.510/DF (validade da utilização de células tronco embrionárias humanas produzidas por fertilização *in vitro* e não utilizadas, para fins de pesquisa e terapia); e) Pet. 3.388/RO (validade da demarcação contínua da reserva indígena "Raposa Serra do Sol"; f) ADPF 130/DF (liberdade de imprensa); g) RE511.961/SP (invalidade da exigência de formação superior para o exercício da profissão de jornalista); g) ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ (união civil de pessoas do mesmo sexo); h) ADPF 54/DF (interrupção da gravidez do feto anencefálico); i) Medida Cautelar na ADPF 378/DF (rito do processo de *impeachment* de Presidente da República).

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação n° 123, de 07 de janeiro de 2022, recomendando aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direito humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos seguintes:

> "Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:
> I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.
> II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral.
> Art. 2º Esta Recomendação entra em vigor na data da sua publicação."2

2 https://atos.cnj.jus.br/files/original151935202201161dda007f35ef.pdf

4. EFEITOS JURÍDICOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL MATERIAL

Conforme leciona Mazzuoli (2016, p. 67), "a norma interna que não passa pelo crivo da convencionalidade, por ser incompatível com um tratado de direitos humanos mais benéfico e em vigor no Estado, é inconvencional. Portanto, a norma será inválida, ainda que vigente. Ainda, a decisão que invalida a norma terá efeito *ex tunc*, tendo em vista que a validade deve ser reconhecida desde o momento em que a norma entrou em vigência, pois, quando se declara a inconvencionalidade de uma norma interna se reconhece que ela nunca foi capaz de produzir efeitos jurídicos.

A declaração da inconvencionalidade de determinada norma pelo Poder Judiciário gera, ainda, segundo voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343/SP, um efeito paralisante, que impede a eficácia da legislação superveniente em sentido contrário, bem como afasta a aplicação da legislação anterior incompatível com o tratado internacional (SARLET: 2017, p. 25).

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência ainda não pacificaram se quando da declaração de inconvencionalidade será declarada a nulidade da lei com base no tratado internacional, como ocorre no controle de constitucionalidade, ou se ocorrerá modificação apenas na esfera da validade ou, ainda, da eficácia da norma interna.

A posição que até o momento vem prevalecendo é a de Valério de Oliveira Mazzuoli (2016, p. 71), no sentido de que a declaração de inconvencionalidade implicará na perda da validade da norma e, portanto, a consequente perda da sua eficácia.3 Ainda, a declaração de inconvencionalidade é declarara *ab initio*, reconhecendo-se que a norma inconvencional nunca foi capaz de produzir efeitos jurídicos.

Assim, o autor sustenta a necessidade de se realizar um controle dúplice da compatibilidade vertical material das normas de direito interno, sujeitando-a ao crivo tanto da Constituição, quando dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado Brasileiro (SARLET: 2017, p. 26)

A teoria da dupla compatibilidade vertical material, pioneiramente desenvolvida na doutrina brasileira de Mazzuoli (2009, p. 107), tem como fundamento:

.

> "[...] a produção normativa doméstica depende, para sua validade e consequente eficácia, em estar de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo. Mas, para a melhor compreensão desta dupla compatibilidade vertical material, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (a) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos e (b) aos tratados internacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país".

Ainda sob o enfoque da teoria da dupla compatibilidade vertical material, Mazzuoli (2009, p. 108) sustenta, na mesma obra retro, a aplicação do princípio *pro homine* em caso de conflito entre os tratados internacionais e o direito interno, principalmente quando houver conflito com a Constituição:

> "E essa dualidade de fontes, que alimenta a completude do sistema, significa que em caso de conflito deve o intérprete optar pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio pro homine ou pro persona), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos."

Portanto, o controle de convencionalidade realizado pelo Juiz nacional não importa necessariamente em indistinta superioridade dos tratados internacionais sobre toda e qualquer norma interna. Pelo contrário, o juiz ao ser instado a se manifestar sobre o controle de convencionalidade deve buscar interpretar as normas conflitantes e aplicar aquela que conceda melhor proteção à pessoa. Ainda, segundo Mazzuoli (2016, p. 84), poderá inclusive aplicar ambas as normas aparentemente conflitantes em conjunto, cada uma na parte em que é mais protetiva.

5. MODALIDADES DE CONTROLE JURISDICIONAL DA CONVENCIONALIDADE: DIFUSO E CONCENTRADO

Conforme já abordado neste trabalho, a compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no ordenamento jurídico interno ocorre através do controle de convencionalidade, que é coadjuvante e complementar ao controle de constitucionalidade.

Assim como o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro pode ser difuso (realizado por qualquer juiz ou tribunal, de forma

incidental, no caso concreto) ou concentrado (reservado ao Supremo Tribunal Federal, que o realizará de forma abstrata)

Os Tribunais e Juízes internos não necessitam de autorização legislativa para realizarem controle de convencionalidade, tampouco de autorização internacional, pois tal poder-dever decorre diretamente da Convenção Americana de Direito Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Logo, desde um juiz singular (estadual e federal), os tribunais estaduais e regionais federais, assim como os tribunais superiores, todos podem controlar a convencionalidade das leis pela via difusa e incidental. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal pode realizar o controle difuso de convencionalidade, de forma incidental, através de recurso extraordinário. Nessa hipótese, no entanto, pode a Corte Constitucional conceder efeitos extensivos ao controle de convencionalidade exercido incidentalmente, como o fez, por exemplo, no caso da prisão civil do depositário infiel.

O controle concentrado de convencionalidade, por sua vez, ocorrerá quando houver em causa os tratados internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, quando o parâmetro de controle for norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico interno através do rito qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição da República de 1988.

Mazzuoli (2016, p. 190) esclarece o motivo pelo qual somente os tratados equivalentes às emendas constitucionais podem ser paradigma do controle concentrado de convencionalidade:

> O motivo pelo qual apenas os tratados "equivalentes" às emendas constitucionais podem ser paradigma do controle concentrado de convencionalidade liga-se à importância que atribuiu a Constituição Federal de 1988 ao controle abstrato de normas, invertendo a lógica dos textos constitucionais anteriores, nos quais a preponderância era para a fiscalização difusa (concreta) de constitucionalidade. Prova disso é que a Carta de 1988 destinou legitimados específicos para o exercício do controle abstrato, constantes do seu art. 103. [...] Isso significa, em outras palavras, que a Constituição de 1988 deu particular ênfase à fiscalização abstrata de normas, em detrimento do controle de constitucionalidade difuso. Daí se entender, em suma, que apenas os instrumentos de direitos humanos "equivalentes" às emendas constitucionais (aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos) podem ser paradigma ao controle abstrato de convencionalidade perante o STF, por se tratar de normas internacionais de direitos humanos que, igualmente, guardam maior importância na nossa ordem constitucional (equivalentes que são às próprias normas formalmente constitucionais)

Assim, a partir do momento em que o tratado internacional de direitos humanos passa a ser equivalentes às emendas constitucionais, ou seja, adquirem força normativa constitucional formal e material, fica autorizada a propositura de todas as ações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal (ADI, ADC, ADPF), a fim de garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas, a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Em razão da inexistência de norma especifica sobre o assunto, tem prevalecido o entendimento de que qualquer dos legitimados do art. 103 da CR/88 poderá questionar o STF diretamente, em controle concentrado abstrato de convencionalidade, tendo como objeto norma que desrespeitar instrumento ratificado e em vigor, que tenha sido aprovado pelo rito qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição (ALVES: 2013, p. 28)

Quanto aos efeitos do controle concentrado de convencionalidade, torna-se possível a invalidação *erga omnes* das leis domésticas incompatíveis com as normas previstas em tratados de direitos humanos.

É importante ressaltar que, até o momento, somente a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007, possuem equivalência às emendas constitucionais, pois aprovados pelo *quórum* qualificado do art. 5º, §3º, da Constituição de 1988, conforme Decreto Legislativo n° 186, de 09 de julho de 2008.

Portanto, na visão da doutrina até aqui trabalhada, somente os direitos previstos no referido tratado internacional e seu protocolo facultativo são passíveis de controle concentrado de convencionalidade, a ser proposto perante o STF.

6. CONCLUSÃO

Extrai-se, do estudo proposto, que a aceitação, pelo Supremo Tribunal Federal, do controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda se mostra resistente, imperando, até o momento, o entendimento acerca da impossibilidade de utilização do Tribunal Internacional como órgão de revisão ou cassação de decisões judiciais internas.

O exercício controle de convencionalidade não é feito somente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cabe, na verdade, devem os órgãos internos de um Estado, especialmente o

Poder Judiciário realizar a verificação de compatibilidade das normas internas com as Convenção expedidas no âmbito da CIDH.

A eficácia do controle de convencionalidade feito pelo Poder Judiciário depende não somente da manifestação do órgão de cúpula, mas de todas as unidades jurisdicionais internas do Estado.

O órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, no entanto, tem realizado, ainda que de forma acanhada, o controle de convencionalidade de normas internas com base em tratados e convenções de direitos humanos.

A título exemplificativo, citam-se os seguintes julgados: a) HC 82.424-2/RS (imprescritibilidade do racismo por meio de publicação antissemita); b) RE 407.688/SP (validade da penhora de bem de família do fiador); c) HC 82.959-7/BA (proibição da exigência de prisão para recorrer da condenação); d) ADI 3.510/DF (validade da utilização de células tronco embrionárias humanas produzidas por fertilização *in vitro* e não utilizadas, para fins de pesquisa e terapia); e) Pet. 3.388/RO (validade da demarcação contínua da reserva indígena "Raposa Serra do Sol"; f) ADPF 130/DF (liberdade de imprensa); g) RE511.961/SP (invalidade da exigência de formação superior para o exercício da profissão de jornalista); g) ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ (união civil de pessoas do mesmo sexo); h) ADPF 54/DF (interrupção da gravidez do feto anencefálico); i) Medida Cautelar na ADPF 378/DF (rito do processo de *impeachment* de Presidente da República).

A doutrina vem desenvolvendo o instituto do controle de convencionalidade no plano interno, estabelecendo os seus parâmetros, requisitos e procedimento, por meio de paralelo com as normas e institutos que regem o controle de constitucionalidade das leis no direito Brasileiro, mas ainda há muito o que desenvolver..

Estabeleceu-se, dessa forma, que o controle de convencionalidade se sujeita à dupla compatibilidade material vertical, sendo suplementar ao controle de constitucionalidade e sujeitando-se ao princípio do *pro homine* em caso de conflito entre os tratados internacionais e o direito interno, principalmente quando houver conflito com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Firmou-se, ainda, o entendimento de que o controle de convencionalidade pode ser difuso ou concentrado, havendo, no último caso, a exigência de que o tratado internacional utilizado como parâmetro tenha sido incorporado ao direito brasileiro com a observência do *quórum* qualificado previsto no art. 5º, §3º, da Constituição da República (BRASIL, 1988). As duas espécies de controle merecem ser desenvolvidas no direito brasileiro como forma de se alcançar o Estado Democrático de Direito.

O controle de convencionalidade, no entanto, constitui importantíssimo instrumento de controle, evitabilidade e reparação da violação de direitos humanos, necessitando de estudos mais aprofundados, especialmente no que se refere aos procedimentos que devem nortear a sua aplicação no direito brasileiro, considerando a ausência absoluta de normas nesse sentido no direito interno.

A deficiência normativa e a pouquíssima utilização do instituto ensejaram a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Recomendação n° 123, de 07 de janeiro de 2022, recomendando aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direito humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que deve ser respeitado e desenvolvido como forma de proteção dos direitos fundamentais e formação da identidade constitucional do Estado Democrático de direito brasileiro..

REFERÊNCIAS

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 330-331.

BRASIL. República Federativa do. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. Revista de Processo, [s.i], v. 39, n. 232, p.363-390, jun. 2014.

Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.

Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.

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

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 98, n. 889, p.105-148, nov. 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário 466.343-1, Relator Min. Cezar Peluzo, Voto-vogal do Min. Gilmar Mendes.

SARLET, Ingo Wolfgang. O supremo tribunal federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos. Revista de Processo, São Paulo, v. 42, n. 266, p.23-51, abr. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Tratados internacionais de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade na ordem jurídico-constitucional brasileira na perspectiva do supremo tribunal federal. Revista de Processo Comparado, São Paulo, v. 3, n. 5, p.183-220, jan./jun. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.