

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-419-8

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. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

DIREITOS INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Em mais essa edição do Grupo de Trabalhos de Direito Internacional dos Direitos Humanos no IV Encontro Virtual do CONPEDI o tema da Pandemia foi o que recebeu mais destaque, sendo, porém, tratados também outros assuntos de suma importância para os Direitos Humanos em todo o mundo.

No artigo DIREITOS HUMANOS COMO CONCEITO EM MOVIMENTO? Alice Rocha da Silva e Andre Pires Gontijo, verificam que parte do conteúdo dos direitos humanos pode ser considerado “estático”, prevalecendo a manutenção de um núcleo “duro e essencial”, responsável pela definição de sua identidade, a proteção da pessoa humana.

No artigo O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIÁLOGO INTERCULTURAL: EM DEFESA DE UM UNIVERSALISMO PLURALISTA, Laura Mallmann Marcht , Aline Michele Pedron Leves e Gilmar Antonio Bedin, analisam em que medida o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser pensado como uma forma de superação do impasse entre universalistas e relativistas culturais e se tornar um instrumento de fortalecimento da proteção dos direitos humanos na sociedade internacional contemporânea.

No artigo A INCOPORAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS: UMA ANÁLISE DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, Cristina Figueiredo Terezo Ribeiro e Sofia Sewnarine Negrão, analisam a influência das normas oriundas dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos para a formulação do Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais do texto constitucional de 1988.

No artigo O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS COMO FONTE NO DIREITO INTERNO EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, Lucas Gonçalves da Silva e João Batista Santos Filho, analisam a jurisprudência dos tribunais internacionais, focando, nas decisões da Corte Interamericana de Justiça e confirmando o curso crescente da jurisprudência internacional em direitos humanos, como fonte de direito.

No artigo **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: O LEADING CASE (BARRIOS ALTOS VS. PERU)**, Eneida Orbage De Britto Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary Berino, analisam o instituto do controle de convencionalidade adotado na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A problemática se refere aos fundamentos extraídos do Leading case Barrios Altos vs. Peru acerca do controle de constitucionalidade.

No artigo **A LEITURA MORAL E A CONCEPÇÃO MAJORITÁRIA NA PERSPECTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, Fernando Antônio de Lima e Murillo Eduardo Silva Menzote, analisam a judicial review, demonstrando o embate entre os juristas Dworkin e Waldron acerca da possibilidade da intervenção judicial sobre atos ou omissões do Legislativo.

No artigo **OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO AMISTOSA NO TRÂMITE DE PETIÇÕES NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**, José Ricardo da Silva Baron e Vladimir Brega Filho, estudam a obrigatoriedade do oferecimento do procedimento para as partes em litígio no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

No artigo **PODER ECONÔMICO E TECNOLÓGICO: UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA DE REGULAÇÃO PELO DIREITO**, Marcelo Benacchio e Queila Rocha Carmona, pesquisam a regulação do poder econômico pelo Direito, buscando encontrar meios efetivos para uma regulação jurídica dos agentes econômicos que gravitam entre o local e o global.

No artigo **A IMPORTÂNCIA DO PROJETO DE VIDA E A TEORIA DE AMARTYA SEN: UMA ABORDAGEM SOBRE DESENVOLVIMENTO**, Vívian Lis Paes de Freitas Andrade e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith analisam a garantia do direito a um projeto de vida como um meio para o desenvolvimento, a partir da teoria de Amartya Sen.

No artigo **ANÁLISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO À LUZ DO PROTOCOLO FACULTATIVO À CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES**, Andressa Rita Alves de Souza e Ubirajara Coelho Neto, analisam o sistema penitenciário brasileiro, com base no Protocolo Facultativo à Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

No artigo O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UM DIÁLOGO ENTRE CORTES CONSTITUCIONAIS, Andressa Rita Alves de Souza e Ubirajara Coelho Neto analisam o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro sob a perspectiva do diálogo entre tribunais constitucionais, com enfoque no transconstitucionalismo.

No artigo A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR PELAS NORMAS INTERNACIONAIS E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL A PARTIR DA TEORIA DO “TRANSCONSTITUCIONALISMO” DE MARCELO NEVES, Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi e Jailton Macena De Araújo, visam expor sobre a aplicabilidade das normas internacionais no sistema jurídico brasileiro e reconhecem a integração de sistemas jurídicos estatais distintos sob a perspectiva da teoria do “transconstitucionalismo”.

No artigo INTERSECCIONALIDADE E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DA SENTENÇA DO CASO DOS EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE ARTIFÍCIOS EM SANTO ANTÔNIO DE JESUS (BA), Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Arianne Albuquerque de Lima Oliveira, examinam a interconexão das noções fundamentais de não discriminação, raça, gênero, classe e mercado de trabalho no desenho da noção de interseccionalidade a partir da análise da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso da explosão da fábrica de fogos de artifícios em Santo Antônio de Jesus (BA).

No artigo CONFLITOS ARMADOS NA UCRÂNIA: ANÁLISE SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Núbia Franco de Oliveira e Samuel Rodrigues de Oliveira, apresentam as origens dos conflitos no país e discutem, mediante análise documental dos relatórios do Tribunal, a importância da atuação do órgão nos termos do artigo 12 (3) do Estatuto.

No artigo LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OLIMPISMO: A REGRA Nº 50 DA CARTA OLÍMPICA E A TRANSVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS, Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Ticiano Augusto de Castro Lima Dominguez, analisam a controvérsia sobre a aplicação da Regra nº 50 da Carta Olímpica que proíbe manifestações políticas nos jogos, que significa limite à liberdade de expressão.

No artigo O DIÁLOGO ENTRE A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E O BRASIL: A EDUCAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, Eneida Orbage De Britto

Taquary e Catharina Orbage De Britto Taquary Berino analisam os instrumentos internacionais da Organização das Nações Unidas sobre a educação das pessoas com deficiência e a sua recepção pelo Brasil.

No artigo O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO - CONFLUENCIA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE, Vinicius Cobucci e Carolina Mendonça de Siqueira, a partir de uma revisão de literatura e por meio do método dedutivo, defendem o reconhecimento do direito enquanto princípio jurídico e analisam as principais repercussões jurídicas decorrentes dessa classificação.

No artigo EXAME DO REGIME JURÍDICO E DE DEMAIS ASPECTOS DOS MIGRANTES AMBIENTAIS SOB O ENFOQUE DAS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS E DO AQUECIMENTO GLOBAL, Raquel Viegas Carvalho De Siqueira Biscola e Livia Gaigher Bosio Campello, examinam alguns aspectos das migrações climáticas, mormente o humano, e como proteger os refugiados ambientais.

No artigo EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO LEGISLATIVA DOS REFUGIADOS NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE NO PLANO INTERNO E INTERNACIONAL, Edson Oliveira Da Silva, realiza uma análise da evolução legislativa voltada a proteção dos refugiados que ingressam no território brasileiro.

No artigo OS EFEITOS PREJUDICIAIS DA PANDEMIA DA COVID-19 AOS DIREITOS DOS REFUGIADOS, Gabriela Soldano Garcez e Victoria Navarro , Mayara Nascimento Ribeiro, analisam o embate entre o direito de migração, mormente a situação dos refugiados, e as medidas impostas pelos Estados para conter a disseminação do novo coronavírus e, assim, enfrentar a atual pandemia decretada em março de 2020.

No artigo PLATAFORMA INTERATIVA DE DECISÕES SOBRE REFÚGIO: ANÁLISE DE DADOS SOBRE VENEZUELANOS NO MARANHÃO, Guilherme Saldanha Santana , Thayara Silva Castelo Branco e Roberto Carvalho Veloso analisam a Plataforma Interativa de decisões sobre Refúgio desenvolvida pelo CONARE em cooperação interinstitucional com Acnur e o Ministério da Justiça e Segurança Pública do Governo do Brasil.

No artigo SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: UM OLHAR A PARTIR A INCLUSÃO DO OUTRO DE HABERMAS E A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS, Marcia Hiromi Cavalcanti e Flávio Bento pretendem demonstrar pela teoria política de inclusão do outro que é possível um direito cosmopolita, para fortalecer os fundamentos da sociedade democrática.

Desejamos a todos que aproveitem os artigos sobre temas tão relevantes.

Os Coordenadores:

Vladmir Oliveira da Silveira

UFMS e PUC - SP

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

UNIVEM - Marília e FMU-SP

O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS COMO FONTE NO DIREITO INTERNO EM FACE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

THE ROLE OF INTERNATIONAL JURISPRUDENCE OF HUMAN RIGHTS AS A SOURCE IN DOMESTIC LAW DUE TO THE CONVENTIONALITY CONTROL

Lucas Gonçalves da Silva ¹
João Batista Santos Filho ²

Resumo

O artigo analisa a jurisprudência dos tribunais internacionais, focando, nas decisões da Corte Interamericana de Justiça, a observação do controle de convencionalidade como a maior evidência da construção jurisprudencial como fonte e veículo de efetivação dos direitos humanos, flexibilizando-se o rigor protetivo das soberanias em favor de uma internalização e integração entre o Direito Humano internacional e o brasileiro. A casuística confirma o curso crescente da jurisprudência internacional em direitos humanos, como fonte de direito, ao passo que, com esse efeito, no bojo do aperfeiçoamento do controle de convencionalidade interno, verifica-se beneficiada a afirmação dos direitos humanos no Brasil.

Palavras-chave: Direitos humanos, Jurisprudência internacional, Fontes de direito internacional, Controle de convencionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the jurisprudence of international courts, focusing, in the decisions of the Inter-American Court of Justice, on the study of control of conventionality as the greatest evidence of the construction of jurisprudence as a source for enforcement of human rights, diminishing the protective rigor of sovereignties in favor of an internalization of international and brazilian Human Rights. The casuistry confirms the growing course of international jurisprudence on human rights, as a source of law, while, in the context of the improvement of internal conventionality control, the affirmation of human rights in Brazil is seen to have benefited.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, International jurisprudence, Sources of international law, Conventionality control

¹ Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi G. d'Annunzio (Italia) e pela UFBA. Doutor e Mestre pela PUC/SP. Professor de Graduação e Mestrado em Direito na Universidade Federal de Sergipe-UFS.

² Mestrando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Promotor de Justiça do Estado de Alagoas. Especialista em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Estácio de Sá.

INTRODUÇÃO

O direito interno e o direito internacional estão em constante interação relacional, e, nesse tempo em que a globalização parece não ter trazido somente benesses, essa interação é cada vez maior. Não há políticas públicas, socioeconômicas ou culturais ou decisões das Cortes Constitucionais que não tenham reflexos em outros países, inclusive no sistema globalizado. Em verificação dessa ampliação do direito internacional, paulatinamente surgiram ramos diferentes e específicos, a exemplo dos direitos humanos numa perspectiva internacional, trazendo relações com os Estados e suas ordens jurídicas internas adquirindo faces cada vez mais prementes e complexas.

A busca da efetividade conjuntural da proteção dos direitos humanos, neste emaranhado normativo internacional e interno, chama atenção por reproduzir a quebra de isolamentos entre o direito internacional e os Estados (dimensão normativa vertical), bem como, reciprocamente, entre os Estados e a irradiação das normativas internacionais (dimensão normativa horizontal). Ambas dimensões, porém, são afetadas pela internalização das normas internacionais e das decisões das cortes internacionais de justiça. Assim, este estudo procura transitar dentro dessa zona de interferência normativa, analisando a qualidade da fonte do direito possivelmente ligada às decisões das cortes, verificando também o sucesso da busca protetiva dos direitos humanos.

A Segunda Grande Guerra Mundial é o marco histórico decisivo para a percepção de que o ser humano merece proteção contra a força dos Estados, diante da barbárie que ceifou milhões de vidas por razões que o tempo provou serem injustificáveis. O nascimento das Organizações das Nações Unidas (ONU), se deveu a uma reação ao estado de coisas legado pela guerra, vindo à luz o ideário da necessidade de uma sistematização de normas jurídicas de força internacional, em torno de organismos de proteção para que os direitos humanos fossem elevados a uma categoria universal, com aspirações de supremacia sobre os interesses dos estados.

Embora não fosse algo recém criado, posto que já manejado por diversos pensadores, o postulado do direito humano ganha força com o estabelecimento de um estofamento normativo de vários tipos como convenções, tratados, pactos, protocolos, resoluções, bem como com a criação de diversos organismos de proteção aos direitos fundamentais dos homens. A Resolução da ONU que trouxe Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, seguida do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, institucionalizando o Sistema Global de proteção de direitos humanos, teve

como instituição jurisdicional a Corte Internacional de Justiça (CIJ), com jurisdição ilimitada mundial. Nos continentes, seguindo a mesma lógica, sistemas regionais eclodiram, e atualmente, em especial, há o sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Sistema Europeu, Africano e o ainda incipiente Sistema Árabe.

O Brasil é signatário do sistema global e, regionalmente, do sistema interamericano de direitos humanos o qual é dividido em dois subsistemas regentes: o sistema ligado à OEA e à Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens, assim como o sistema vinculado à Convenção e ao Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O sistema interamericano iniciou sua institucionalização em abril de 1948, com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, pela OEA, propiciando a inauguração, em 1959, de um órgão de proteção e promoção dos direitos humanos, nas Américas, qual seja, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em 1969, a OEA aprovou a Convenção, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que somente entrou em vigor no Brasil em 18 de julho de 1978. Com o Pacto já em função, a ele juntou-se o segundo órgão de proteção dos direitos humanos nas Américas, com atribuições judiciais regionais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), também com sede em San José, capital da Costa Rica.

A partir desse breve esboço histórico, impende fixar o objeto perquirido neste artigo, o qual está vinculado às especificidades brasileiras, quanto às relações com as normas e convênios internacionais, bem como com as decisões na área dos direitos humanos que são advindas da CIJ e da CIDH¹. Questiona-se: A jurisprudência dessas cortes, que se vê utilizada de forma direta em decisões do judiciário brasileiro, deve ser entendida como legítima fonte do direito internacional a se concretizar no direito interno, ensejando uma construtiva regra de garantia do controle de convencionalidade? O estudo busca verificar os efeitos dessa imbricação entre fonte e aplicação de seus preceitos no direito interno, para entrever a efetividade desse envolvimento à garantia e proteção dos direitos humanos.

Sugere-se que o exercício prático no direito interno e nas decisões judiciais brasileiras, erige a jurisprudência internacional à categoria de fonte do direito, assim como, tal fenômeno, frente ao controle de convencionalidade, tem legado aos direitos humanos uma efetividade maior em sua proteção.

¹ O Brasil somente aderiu à competência contenciosa da CIDH em 1998, por meio do Decreto Legislativo N.º 89/1998, mas, com uma cláusula temporal, na qual somente poderão ser submetidos à Corte aqueles casos de violações de direitos humanos ocorridos a partir da data da entrada Brasil na competência da Corte.

A NORMATIVIDADE INTERNACIONAL E A SUA JURISPRUDÊNCIA NA DOUTRINA DAS FONTES

Na Roma dos 100 anos antes de Cristo, Cícero, estadista e advogado, já descrevia a irrelevância das leis quando a guerra se fazia objetivo dos homens. O brocardo *inter arma silente leges*, se fez prático em todas as conflagrações do século XX, com consequências desastrosas. A Segunda Grande Guerra foi o ápice da depreciação humana pela violência que os estados impuseram aos seus patrícios, em nome de valores que, embora perdurem, são razoavelmente freados pela expansão da internacionalização dos direitos humanos, propulsionando a constitucionalização, muito especialmente, dos direitos fundamentais.

Bobbio (2004) declara que a visão da democratização do sentimento do necessário bom trato do humano, anunciado com os movimentos pós 1945, o fez abandonar a visão kantiana do homem como madeira torta. Aliás, renunciava diferentes ares nas relações com o direito internacional e na simbiose dos relacionamentos entre os Estados, diante da democratização que se anunciava ser o *standard*, dali em diante, asseverando que a afirmação da lei internacional dos direitos humanos e seu avanço por sobre os ordenamentos internos era o que garantiria uma certa paz mundial:

Hoje, estamos cada vez mais convencidos de que o ideal da paz perpétua só pode ser perseguido através de uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode estar separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos. (BOBBIO, 2004, p. 92).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, trouxe o universalismo como aspiração, muito mais como uma norma afirmativa da existência dos direitos, com proporção de abrangência cujo resultado, nas observações de Herrera Flores (2009), não rendeu ensejo a colocar em funcionamento prático ao ser humano a realização dos seus desejos e necessidades nos contextos vitais situados. Assim, a normatividade universal que se atribuía naquele momento aos direitos humanos, além de não se conciliar com o preceito da internacionalização e internalização dos direitos humanos, se debatia com a necessidade de, efetivamente, render exercício de dignidade humana, democracia e justiça. Afinal, ser formalmente universal não

significa ser factível. Racionaliza então uma definição prática para um sentido dessa tendência universal:

A universalidade dos direitos somente pode ser definida em função da seguinte variável: o fortalecimento de indivíduos, grupos e organizações na hora de construir um marco de ação que permita a todos e a todas criar as condições que garantam de um modo igualitário o acesso aos bens materiais e imateriais que fazem com que a vida seja digna de ser vivida. Por essa razão, os direitos humanos não são categorias prévias à ação política ou às práticas econômicas. A luta pela dignidade humana é a razão e a consequência da luta pela democracia e pela justiça. Não estamos diante de privilégios, meras declarações de boas intenções ou postulados metafísicos que exponham uma definição da natureza humana isolada das situações vitais. (FLORES, 2009, p. 19).

A crítica de Herrera Flores (2009) ao escopo universal dos direitos humanos, em verdade, não é dirigida à internacionalização destes e de sua imersão nas ordens jurídicas estatais, nem, tampouco, à normatividade deles decorrente. A peroração se dirige ao aspecto dos meios e formas de fazer com que os declarados direitos sejam efetivos na vida, ensejando espaços sociais e na interculturalidade, principalmente nesses recentes tempos em que as globalizações² surtiram, em meio a benéficas evoluções de capital e mercado, um grande malefício aos direitos humanos, por não ter o brilho de exterminar os bolsões de miséria mundial, ante o não compartilhamento dos lucros auferidos.

A normatividade internacional se revela pela fixação dos seus intentos, por meio de sua aplicação concreta. Tal normatividade promana de fontes de direito que a doutrina maneja a saber do que é composto (ou formado) o Direito Internacional Público. A doutrina corriqueira do direito interno não se serve a acomodar o conceito das fontes do direito internacional pela razão de não haver, neste plano, uma organicidade formal previamente estabelecida de oportunidade e modo de produção normativa. Assim, de forma genérica pode-se dizer que são tidos como fontes “[...] os documentos ou pronunciamentos de que emanam direitos e deveres das pessoas internacionais configurando os modos formais de constatação do direito internacional” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 139).

Em Accioly, Silva e Casella (2012), tal lapidar enunciado, por ser objetivo e aberto, pode nele abarcar motivos da dinâmica consuetudinária do direito internacional, com a dificuldade em se posicionar os Estados em uma teoria com relação às fontes, diante, também, de

² Boaventura de Sousa Santos, tratando aspectos globais e multiculturalismo assinala que “aquilo que habitualmente chamamos de globalização são, de fato, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações. A rigor, este termo só deveria ser usado no plural. (...) Proponho, pois, a seguinte definição: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou rival” (SANTOS, 2003, p. 433).

que a internalização dos tratados e as normas costumeiras internacionais não possuem qualquer regulamentação sobre o modo dessa internalização. Por isso, em razão do princípio da soberania, cada Estado está apto a decidir o modo de importação das normas internacionais e de estabelecimento das obrigações internacionais comprometidas, havendo de se observar os diversos meios de formação hierárquica interna desses elementos que podem se subsumir em fontes no ordenamento jurídico.

Os documentos que vinculam os Estados aos direitos e, passam a ser fontes de direito interno, são relacionados por Mello (2004, p. 212-214), os quais, numa suficiente síntese, são organizados no seguinte quadro:

Quadro 01: Características dos Atos Normativos Internacionais

TIPO DE ATO NORMATIVO INTERNACIONAL	CARACTERÍSTICA
Acordo	tratados econômicos, financeiros, comerciais ou culturais
Acordos simplificados ou acordos executivos	acordos não submetidos ao Poder Legislativo para aprovação, concluídos somente pelo Executivo, comumente por troca de notas
Compromisso ou acomodação	acordos provisórios destinados a regulamentar a aplicação de um tratado
Atos	acordos que estabelecem regras de direito
Ata	atos com caráter normativo ou moral, que não estabelecem regras de direito
Carta	tratado solene que estabelece direitos e deveres ou instrumentos constitutivos de organizações internacionais
Compromisso	acordo sobre litígio a ser submetido à arbitragem
Concordata	tratado sobre assunto religioso, firmado pela Santa Sé
Convênio	tratado cultural ou desportivo
Convenção	tratado que cria normas gerais
Declaração	acordo que cria princípios jurídicos ou política comum
Estatuto para tribunais internacionais	tratados coletivos que estabelecem, normalmente, normas
Pacto	tratados solenes
Protocolo	tratados firmados como complemento de acordos preexistentes ou atas de conferências internacionais
Tratados	acordos solenes

Fonte: Mello (2004, p. 212-214).

Por essa razão, dentre vários autores, Mazzuoli (2019), estatui não haver possibilidade de discernir as fontes sob o ponto de vista formal, bem assim, assevera que a teoria das fontes do direito foge às especificidades do direito das gentes.

No plano internacional, tudo o que se faz ou se deixa de fazer é consequência da vontade organizada dos Estados para que isso aconteça. Por isso, qualquer comparação que se pretenda fazer com a dinâmica de produção normativa do Direito interno só pode levar ao fracasso do estudo das fontes do Direito Internacional Público. Em última análise, a validade de uma determinada norma como fonte de

Direito Internacional está a depender da forma por meio da qual referida norma é elaborada (por Estados ou organismos internacionais) e de como a mesma se converte em obrigatória no plano jurídico externo. (MAZZUOLI, 2019, p. 150).

No direito internacional, não há um órgão legislativo especial encarregado da edição de leis e outros atos normativos, assim como não há um órgão com atribuição de sistematizar e uniformizar a jurisprudência dos tribunais internacionais. Porém, algumas fontes são reconhecidas pelo artigo 38, 1, do Estatuto da CIJ³, quais sejam, as convenções internacionais, o costume internacional, os princípios gerais de direito e as decisões judiciais e doutrina internacional, sendo que, no particular dessas duas últimas, há indicação do caráter de ser auxiliar para a determinação de regras de direito.

Para dirimir sobre as categorias de fontes e lançar um olhar mais aguçado sobre a jurisprudência internacional, faz-se necessário um cotejo sobre os elementos postos no art. 38, 1, do Estatuto da CIJ. Já se assinalou, em quadro acima, quais documentos são aptos a terem caráter de fontes, estando dentro do espectro das convenções, no sentido dado pela CIJ.

Passa-se, assim, aos costumes e aos princípios gerais de direito, sendo certo que logo no pós guerra, a base consuetudinária não era aceita como fonte de direito internacional, pois leciona Carvalho (2012) que, pela razão de os costumes não serem convencionais, há uma dificuldade de materialização de seu escopo como fonte concreta. Já os princípios são vetores para a essência das normas e do próprio direito, enfrentando a mesma dificuldade de assimilação como fonte. Desse modo, embora não sejam normas nem convenções, são reconhecidas no Direito Internacional “normas protetoras de direitos humanos oriundas do costume internacional e dos chamados princípios gerais de direito” (CARVALHO, 2012, p. 28).

A Resolução 217A III, da Assembleia da Geral da ONU, que trouxe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sem força vinculante, passou décadas em prática internacional, sem ter o *status* de fonte de direito costumeiro, somente sendo reconhecida como tal por via de decisão da CIJ. Eis aí a força da jurisprudência como fonte de direitos a serem observados pelos estados, no sentido de que “[...] não há como negar à grande massa de decisões

³ Artigo 38, 1, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “1. A Corte, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. O costume internacional, como prova de uma prática geral aceite como direito; c. Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. Com ressalva das disposições do artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.”

arbitrais e judiciais o caráter de ‘fonte’ do Direito Internacional, ainda que operando de modo intermitente e sendo as decisões não raro de peso desigual”. (TRINDADE, 1981, p. 116).

Por oportuno, vale ressaltar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como, os princípios, passaram a ser vinculantes aos estados e seus órgãos judiciais, mesmo não sendo fonte de acordo convencional, por via de jurisprudência da CIJ. Duas decisões são emblemáticas, como apresenta Carvalho (2012):

No caso envolvendo o Pessoal Diplomático e Consular norte-americano em Teerã, decidiu a Corte que a detenção dos reféns americanos era “manifestamente incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas, bem como com os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Corte Internacional de Justiça, Diplomatk e Consular dos Estados Unidos em Teerã, ICJ Reports 1980, p. 42.

A Corte Internacional de Justiça no seu Parecer Consultivo sobre as reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, estabeleceu que: “os princípios subjacentes à Convenção são princípios reconhecidos pelas nações civilizadas como vinculativos para os Estados, mesmo sem qualquer obrigação convencional”. Na Corte Internacional de Justiça, Reservas à convenção sobre a prevenção e punição do crime de genocídio.” Parecer Consultivo de 28 de maio de 1951, ICJ Report 1951, p. 22. (CARVALHO, 2012, P. 28-29) nossa tradução⁴

O prisma da jurisprudência internacional como fonte desse direito, impende fixar que as decisões das cortes internacionais somente vinculam as partes em litígio (*inter partes*), na forma do artigo 59 do Estatuto da CIJ. Tal dispositivo é lapidar em estabelecer que “A decisão da Corte não é obrigatória senão para as partes em litígio e respeito ao caso alvo de decisão” (NAÇÕES UNIDAS, 1945, p. 12-13). Tal preceito infirma, por via direta, que para os Estados que fazem parte da convenção e que ratificaram a aceitação da corte judicial internacional como o foro competente, a jurisprudência internacional opera como verdadeira fonte de direito, com todos os seus contornos criativos e de emanção jurídica.

Tal fato possibilita que o tribunal internacional do qual emanou dada decisão a utilize como precedente para as demais, podendo ser manejada por outros tribunais internacionais ou nacionais, a utilizarem como paradigma para demandas postas a sua jurisdição, o que fortalece

⁴ No caso envolvendo o Pessoal Diplomático e Consular norte-americano em Teerã, decidiu a Corte que a detenção dos reféns americanos era “manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights”. Corte Internacional de Justiça, United States Diplomatk and Consular Staffin Tehran, ICJ Reports 1980, p. 42.

A Corte Internacional de Justiça no seu Parecer Consultivo sobre as reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, estabeleceu que: “the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States even without any conventional obligation”. In Corte Internacional de Justiça, Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide. Parecer Consultivo de 28 de maio de 1951, ICJ Report 1951, p. 22. (CARVALHO, 2012, p. 28-29).

a unificação direito humano internacional e, num último passo, seu reconhecimento como um todo, também no âmbito interno.

Deve-se ter que também na base conceitual doutrinária, o viés internacional jurisprudencial, por ser manancial de fomento e estabelecimento de novas situações jurídicas ao dispor do ser humano, é que se encaixa no crivo de fonte do direito. Gusmão (2003) revela o entendimento de que fonte do Direito seria “[...] a forma que o pré-jurídico toma no momento em que se torna jurídico [...] a origem do Direito, ou seja, de onde ele provém” (GUSMÃO, 2003, p.101). Para Miguel Reale (1994, p. 29), sendo mais abrangente ainda, as fontes e os fatos jurídicos de que resultam normas, não sendo objetivamente a origem da norma, e sim o meio, o conduto no qual ela se torna efluente e relevante. Para o autor, as fontes do direito são os modais de formação e demonstração expositiva das normas jurídicas, o marco de partida para a busca da norma.

Assim, como no direito geral, também na seara internacional que deságua no âmbito interno, a jurisprudência estabelece um liame de cognição, criação e entendimento a respeito da norma a ser amoldada ao caso *sub judice*, como a fonte pela qual se externa sensível o direito, em sua aplicação prática e real. Da Silva e Souza enfatizam a importância e força da jurisprudência internacional e sua influência no âmbito interno:

Nesse aspecto, as decisões emitidas pela Corte Interamericana de Direitos humanos possuem uma peculiar importância no âmbito nacional, considerando que a jurisprudência do referido órgão é dotado de uma força não só jurisdicional, mas também axiológica, capaz de influenciar o jurisdição nacional a refletir sobre a promoção e custódia dos direitos humanos. É cedido, então, que apesar das diferenças sociais, econômicas e culturais é possível estabelecer um liame objetivo entre os ordenamentos jurídicos, haja vista que o núcleo intangível de todo ordenamento é a dignidade da pessoa humana. (DA SILVA e SOUZA, 2019, p. 110)

É dessa real praticidade que depende a internalização do Direito Humano Internacional, representando exercício de garantias fundamentais nos moldes reclamados por Piovesan (2012) ao discernir sobre a necessidade de uma revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, abrindo chancelas e admitindo intervenções no plano nacional, “[...] em prol da proteção dos direitos humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional [...] na cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito” (PIOVESAN, 2012, p. 29).

Nessa mesma linha de efeitos da jurisprudência como fonte, Delmas-Marty (2003), corrobora ao observar os efeitos corretivo e preventivo, em longo prazo, dos julgados da Corte,

no que concerne a legislação e a jurisprudência nacionais, donde o “[...] efeito corretivo, às vezes após inúmeras condenações, até que o direito nacional terminará por ser modificado para evitar novos recursos; mas também, efeito preventivo, por modificação espontânea da nação”. (DELMAS-MARTY, 2003, p. 31).

Assim, diante da base jurisprudencial internacional como fonte desse direito, passa-se a verificar o controle de convencionalidade ao dispor de efetivar direitos humanos.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS

Antes da Primeira Guerra Mundial, o Direito Internacional era situado numa dimensão separada do meio interno dos Estados. A soberania estatal forte privilegiava uma postura dualista, cujos contornos foram amainados no pós guerra, mormente ao final da guerra fria, onde houve ambiente para que teorias monistas, envidassem um ciclo de colaboração em que o direito internacional e o interno tivessem evidência em espaço comum.

Nesse ponto histórico, importante gizar a eclosão das globalizações, em que os Estados perdem o protagonismo, trazendo a maleabilidade da soberania antes absoluta, em razão da ratificação de acordos e tratados multilaterais que uniformizam os direitos internos com o direito internacional, no bojo da constitucionalização dos direitos em base principiológica fundamental (BECERRA RAMÍREZ, 2006, p. 17-18).

O Brasil tem a obrigação de respeitar os instrumentos internacionais bilaterais dos quais é parte, tendo esteio em princípios de direito internacional como *liberum voluntatis arbitrium* (livre arbítrio), *pacta sunt servanda* (obrigação de cumprimento dos pactos) e *bonam fidem* (boa fé), harmonizando a ordem jurídica interna tanto à Constituição Federal, com às avenças das quais se vê signatário, como indica principiológicamente a convenção de Viena⁵, verdadeira norma geral internacional dos tratados, ratificada pelo Brasil em 17 de Julho de 2009. Há, para tanto, um controle de convencionalidade realizado de forma concentrada, principalmente no

⁵ Consta no Preambulo do texto da Convenção de Viena um apanhado da base principiológica do cumprimento dos tratados em que “Os Estados Partes na presente Convenção, Considerando o papel fundamental dos tratados na história das relações internacionais, Reconhecendo a importância cada vez maior dos tratados como fonte do Direito Internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam seus sistemas constitucionais e sociais, Constatando que os princípios do livre consentimento e da boa fé e a regra *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos, Afirmando que as Controvérsias relativas aos tratados, tais como outras controvérsias internacionais, devem ser solucionadas por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da Justiça e do Direito Internacional, Recordando a determinação dos povos das Nações Unidas de criar condições necessárias à manutenção da Justiça e do respeito às obrigações decorrentes dos tratados...”

Supremo Tribunal Federal, para a observância e interpretação da norma internacional, e um controle interno difuso, que, no Brasil, ocorre por decisões dos juízes e tribunais da justiça ordinária.

O entendimento da jurisprudência internacional como fonte de direito tem relevância para o deslinde do controle de convencionalidade no Brasil. As cortes de justiça internacionais, ao passo que necessitavam ver efetivos os desígnios de suas decisões, formaram um arcabouço decisório indicando o caminho interno a ser percorrido rumo à verticalidade. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por exemplo, são evidência da grande importância da jurisprudência dos tribunais internacionais como fonte do Direito Internacional, tendo como especial atenção a premente relação com a efetividade das obrigações constantes no Pacto de São José da Costa Rica.

Carbonell (2013, p. 71) e Marín (2013, p. 6), assinalam *leading case* internacional da “doutrina de controle de convencionalidade”, na jurisprudência da CIDH no caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*⁶, em sentença de 26 de setembro de 2006. Por essa decisão é indicado que o judiciário interno está sujeito⁷ à aplicação de dispositivos vigentes no ordenamento jurídico, no qual se incluem os tratados internacionais ratificados pelo Estado, ao exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo obrigados a garantir que os ditames da Convenção não sucumbam à aplicação de leis domésticas contrárias ao seu objeto e fim, pois as leis contrárias aos dispositivos de direitos humanos da Convenção não possuem efeito jurídico.

Depreende-se, que a jurisprudência internacional como fonte de direito, cria ao Poder Judiciário o dever de exercício de “controle de convencionalidade”, desempenhando, assim, similar função expandida pela própria CIDH, no escopo de efetivação dos dispositivos de direitos humanos da Convenção. Assim, o Estado brasileiro finda, por decisão internacional que o abrange, obrigado a verificar a compatibilidade das normas e demais práticas internas do Estado com a CADH, com a jurisprudência da CIDH e com os outros tratados interamericanos em que o Estado seja parte, de forma *obrigatória* por toda autoridade interna, por meio de um controle de convencionalidade ‘*ex officio*’, na forma do art. 2º da CADH, segundo a decisão, em torno da qual recrudescerá farta jurisprudência.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Cuadernillo de Jurisprudência da Corte IDH - Controle de Convencionalidade, n. 7. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2015. Claudio Nash ed. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>. Acesso em: 15/08/2020.

⁷ A CADH, em seu art. 2º, explicita o compromisso dos Estados signatários em adotar “as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

A realidade brasileira concernente a inserção normativa dos Direitos Humanos Internacionais encontra-se dentro do paradigma estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual passou a dispor que somente os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito formal das emendas constitucionais teriam a força normativa destas. Deflui-se que, os atos legislativos, administrativos e judiciais devem conformar-se também às normas constitucionais e de convenção internacional, atentando para as duas formas possíveis, tratando-se de direitos humanos: a) tenham *status* de normas materialmente constitucionais (Art. 5º, § 2º, da Constituição); b) ou formalmente igualizadas às emendas constitucionais, fazendo parte do bloco de constitucionalidade⁸ (Art. 5º, § 3º, da Constituição). Assim está estabelecido,

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 2004, não paginado).

A Emenda Constitucional nº 45/2004, a pretexto de regulamentar a incidência de direitos humanos internacionais convencionais no Brasil, adicionou o parágrafo terceiro acima, estabelecendo a dúvida de qual seria a hierarquia dos tratados que não houvessem sido foco de integração no ordenamento jurídico brasileiro por meio do formal procedimento legislativo de emenda, com quórum qualificado.

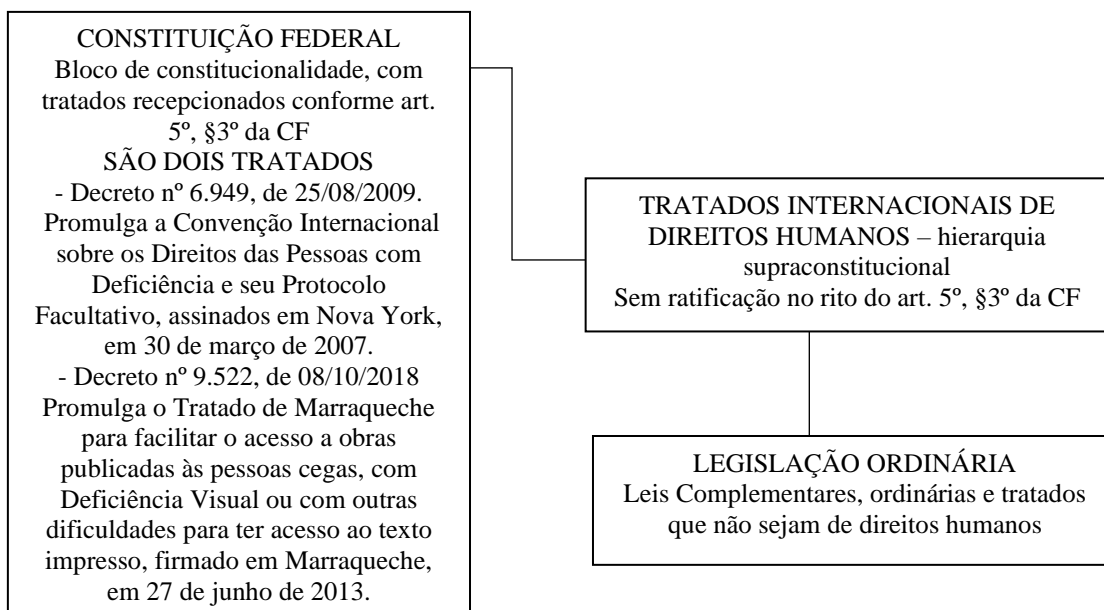
Tal distinção trouxe importante obstáculo a ser restituído no sentido de se saber qual a natureza do controle de convencionalidade em cada caso. Mas, ao mesmo tempo, redundou em oportunidade de se dirimir acerca da “compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público) não só tendo como parâmetro de controle a Constituição, mas também os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles) ratificados pelo governo e em vigor no país” (MAZZUOLI, 2009, p. 114). Por outra via, autores como Piovesan (2005) e Sarlet (2012), acolheram o entendimento de que, mesmo após referida emenda, continuou o *status* materialmente constitucional da recepção e internalização, ao “reconhecer a condição de direitos fundamentais em sentido material aos direitos humanos constitucionalizados” (SARLET, 2012, p. 129).

⁸Denomina-se *bloco de constitucionalidade* o que Ana Maria D’Ávila Lopes (2009, p. 45 e 53) leciona ser “conjunto de normas que, junto com a Constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de nível constitucional”.

Assim a doutrina fez vários movimentos especulativos para apontar uma fixação de ordem prática, cuja definição final, com recepção não unânime por parte dos estudiosos, veio por via do Supremo Tribunal Federal ao estabelecer no RE 466.343, que tratou da divergência existente entre a possibilidade da prisão civil do depositário infiel constante na Constituição de 1988, em relação ao art. 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, dispondo que “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (OEA, 1969, não paginado).

Tratou-se na decisão desse recurso, como pano de fundo, acerca da natureza hierárquica dos tratados que não tivessem o rito formal das emendas constitucionais, na forma do art. 5º, § 3º. Assim, nesse RE 466.343, por decisão não unânime, solucionou-se que caberia ser aplicado o preceito do art. 7º da CIDH, dando-se o “efeito paralisante” à eficácia infraconstitucional dos dispositivos que indicassem a prisão civil do depositário infiel e equivalentes, estatuinto a posição hierárquica de *supralegalidade* ao Pacto de São José da Costa Rica. Dessa forma, tais tratados, a exemplo da CIDH esboçam lugar hierárquico logo abaixo da Constituição Federal, recebendo respeito de todo ordenamento abaixo, tendo, materialmente, substância constitucional. Dessa forma, é apresentado o seguinte diagrama:

Figura 01: HIERARQUIA DOS TRATADOS E NORMAS DE ACORDO COM O STF



Fonte: Elaboração do autor.

Há o aspecto recentemente bastante estudado, o da dupla verticalidade vertical e material, que recrudescer o entendimento de que os tratados internacionais se revestem de indeclinável precedência hierárquica sobre o ordenamento jurídico interno. Tal entendimento promana da cogência de dispositivos como os art. 29-b e 29-d da CIDH ⁹, bem como da força art. 27, da Convenção de Viena, cuja lapidar redação indica que “Uma Parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado” (CVSĐT, não paginado). Mazzuoli (2009) sintetiza a dupla verticalidade vertical e material, que

Consiste este primeiro limite na necessidade de que a lei não seja apenas compatível com as normas da Lei Magna, mas também com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Do contrário, caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno (MAZZUOLI, 2009, p. 3)

O controle de convencionalidade pode ser efetivado diretamente, no caso concreto. Vale dizer que, no Brasil, todo e qualquer juiz ou tribunal, mesmo em sede de jurisdição ordinária, tem a obrigação subjetiva (*ex officio*) de analisar e decidir sobre a convencionalidade da norma interna, o que se define por decidir dentro do âmbito do controle difuso. Esse entendimento de Mazuolli (2011, p. 151), também é temperado com a premissa de que o controle de convencionalidade é, em si, o controle de constitucionalidade aplicável ao direito humano internacional em comparação com o direito interno.

O dever cogente (objetivo) da norma, é verdadeiro desafio do qual decorre a aplicação e aceitação de valores de direitos humanos, pelo que os operadores do direito, não só judiciários, mas, do Ministério Público e advocacia necessitam de preparo para pugnarem e afirmarem em seus trabalhos o deslinde da constitucionalidade e da convencionalidade. O Art. 2º, parágrafo único, inciso IV, do Código de Ética e Disciplina da OAB, uma vez que conforme o art. 28, a observância da boa técnica jurídica constitui-se imperativo a uma correta atuação profissional, que passa também por invocar o direito internacional e as respectivas jurisprudências, quando

⁹ O artigo 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos impede a interpretação de qualquer de suas disposições no sentido de limitar o gozo e exercício de quaisquer direitos que “possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”. (CIDH, 1969). O artigo 29.d da Convenção afasta igualmente a interpretação de disposições para excluir ou limitar “o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”. (CIDH, 1969).

o caso requeira o uso do direito convencional por parte do juiz e o afastamento da aplicação de normas nacionais julgadas inconvencionais ao favor do cliente.

Já o controle convencional, sob a égide concentrada, deve ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal, para os tratados incorporados ao bloco de constitucionalidade, ilação de terem ultrapassado o formalismo exigido pelo art. 5º, § 3º da Magna Carta, já que, nesse caso, incorporam a própria constituição.

O sistema de competências brasileiro tem forma constitucional que distribui exclusividade, privatividade, concorrência, complementaridade e em muitos casos até a colocação de competências comuns. Tal atributo, junto com a falta da ideia dessa prática como um dever, dificulta o controle preventivo de constitucionalidade e de convencionalidade, que haveria de ser tratado como formalidade comezinha, também com relação aos atos administrativos.

Tal controle, em muitos casos, é feito de forma atabalhoada e pouco técnica, tendo como extremo exemplo a Lei Municipal nº 45, de 18 de outubro de 2011, do Município de Aporá, no Estado da Bahia, que alterou os Artigos 29 e 29-A da Constituição Federal de 1988¹⁰. Assim, a Câmara de Vereadores aprovou e o Prefeito Municipal sancionou e promulgou emenda ao texto Constitucional Federal, tendo o estranho fato sido foco de ação de proibidade do gestor e da edilidade.

O controle interno concentrado de convencionalidade atribuído à jurisdição constitucional brasileira, por ocasião da apreciação das ações de controle concentrado de constitucionalidade, como a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI ou ADO) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, analisando, não poderá deixar de, concomitantemente, mesmo em função complementar, julgar a convencionalidade da norma atacada, por força do § 2º, do Art. 5º, da Constituição Federal.

Com relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados conforme o procedimento especial previsto no § 3º, do Art. 5º, da Constituição Federal, não há possibilidade de manejo de ADI ou ADC com para apreciar a (in)convencionalidade, por si só, de norma pátria, com relação a tais tratados. Segundo Mazzuoli (2015), o art. 102 da Constituição, após a inserção do referido parágrafo no art. 5º, deve ser interpretado de forma extensiva, a fim de contemplar a “guarda da constituição” e, dessa forma, as normas a ela equivalentes. Os tratados que não estejam albergados pelo procedimento do § 3º do art. 5º, fogem dessa contingência e não podem receber o controle concentrado.

¹⁰ Trata-se da Lei Municipal nº 45, de 18 de outubro de 2011, do Município de Aporá, Estado da Bahia. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/27339564/lei-45-2011-de-apora-ba>.

Dentro da atividade de controle de convencionalidade, seja por qualquer via, a utilização da jurisprudência internacional em direitos humanos é acessada como luz para envidar decisões consentâneas com a finalidade desse direito. A relação entre os tratados e as decisões internacionais decorrentes das demandas, com o direito interno dos estados – e suas instituições dentro dos poderes executivo, judiciário e legislativo – dentro desses tempos de globalizações, faz insubsistentes as teorias que separam o direito internacional e interno dos direitos humanos, já que são interdependentes, sendo a tradição decisória dos tribunais internacionais o duto que conduz às interpretações que criam o direito a ser observado. A finalidade, e é isso que importa, como ressalta Trindade (1996), no âmbito da proteção dos direitos humanos, é “a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno”. (TRINDADE, 1996, p. 231).

Diante da citada interdependência, é necessário que haja abertura para conversação entre as instituições, afastando-se do tradicional rito demandista, passando a um estágio dialogal que Gabriella (2014) denomina de “constitucionalismo dialogal”. Também o transconstitucionalismo apregoado por Neves (2009), alerta para a necessidade de diálogo entre as instituições brasileiras e internacionais, bem como entre as fontes de direito, dentre elas a jurisprudência internacional, em atenção ao sucesso dos direitos humanos. Segundo o autor:

[...] a Constituição apresenta-se como a instância básica de autofundamentação normativa do Estado como organização político-jurídica territorial. Enquanto critério básico de autocompreensão da ordem jurídica estatal, a Constituição não deve ser posta de lado pelos intérpretes-aplicadores do ordenamento constitucional, ou melhor, por aqueles incumbidos de concretizá-lo como ordem com força normativa, especialmente pelos juízes e tribunais constitucionais”. (NEVES, 2009, p. 295).

O Estado brasileiro já tem diversos casos¹¹ analisados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, dentre eles os emblemáticos Ximenes Lopes vs. Brasil, Nogueira de Carvalho y outros vs. Brasil, Escher y outros vs. Brasil, Garibaldi vs. Brasil, e Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Quanto a decisões que interessam mais fortemente ao controle de convencionalidade coloca-se aqui duas importantes decisões da Suprema Corte: a do caso da prisão civil do depositário infiel, bem como, o caso da inexigibilidade do diploma de jornalista para o exercício da profissão. Embora sejam somente alguns casos apontados, é de

¹¹ Para se ter contato com toda casuística, com a íntegra de decisões e peças processuais, existe um sítio eletrônico do Ministério Público Federal com extensa relação de acesso a todos os casos brasileiros da Corte Interamericana de Direitos Humanos, acessível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh>

se afirmar a importância, em todos os casos decididos, da jurisprudência como fonte e meio de afirmação dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo resultou na compreensão de não mais teorizar a separação, dentro do papel dos direitos humanos, entre o direito internacional e do ordenamento jurídico doméstico. Considera-se a existência necessária de uma interação relacional, em meio à estrutura das globalizações, existindo um trato dialogal entre o direito internacional, ordenamento jurídico estatal e suas instituições, de forma recíproca, ao ponto de permear o Estado com a normatividade internacional dos direitos humanos.

Descortinou-se a jurisprudência internacional, que assim como as práticas costumeiras, são paradigmas e verdadeiras fontes modais de formação e demonstração expositiva das normas jurídicas internacionais, sendo o “pré-jurídico” para o estabelecimento do direito. É a jurisprudência que fixa o entendimento e diz o direito que é expresso na norma, externando o direito de forma prática, criadora e possível de ser cumprido.

A fonte jurisprudencial convola a afirmação dos direitos humanos. O controle de convencionalidade a ser exercido obrigatoriamente pelos estados, se utiliza de um extenso cabedal de experiência judiciária jurisprudencializada. Não há controle de convencionalidade sem o cotejo do pensar decisório das Cortes internacionais, até porque na convencionalidade reside a comparação de adequação interpretativa dos tratados, sob os quais subjaz uma extensa base histórica e jurisprudencial, sendo essa a fonte de direito para interpretação, e, mais que mero instrumento auxiliar.

O controle de convencionalidade brasileiro segue o passo da jurisprudência internacional no sentido de acolher a premissa de que o ordenamento interno deve estar em consonância e respeito aos tratados dos quais o estado se fez signatário. Há a dupla verticalidade material obrigando a norma ordinária interna a ser constitucional e respeitar os tratados, ao passo que, em caso de a norma desrespeitar o tratado, sendo acorde com a Constituição Federal, tal norma perde eficácia, para respeito ao tratado.

O controle de convencionalidade se faz obrigatório para o Estado brasileiro e suas instituições. Dessa forma é importante um diálogo institucional incrementado para fomentar a efetividade dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BECERRA RAMÍRES, Manuel. **La recepcion Del derecho internacional em el derecho interno**. México: Universidad Autónoma de México, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12241>>. Acesso em: 15/08/2020.

CARBONELL, Miguel. **Introducción general al control de convencionalidad**. 2013. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf>. Acesso em: 15/08/2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cuadernillo de Jurisprudência da Corte IDH – Controle de Convencionalidad**, n. 7. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2015. Claudio Nash ed. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>>. Acesso em: 15/08/2020.

COSTA RICA. CIDIH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Organização dos Estados Americanos (OEA). Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 15/08/2020.

DA SILVA, Lucas Gonçalves. SOUZA, Ana Paula Jesus de. **Análise dos Casos Brasileiros na Corte Interamericana de Direitos Humanos: ascensão do transconstitucionalismo?**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, v. 29, p. 98-111, 2019.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES, Ana Maria. **Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. (2009). Disponível em:

file:///C:/Users/JO%C3%83O%20BATISTA%20SCOOBY/Downloads/Bloco_de_constitucionalidade_e_principios_constitu.pdf. Acesso em: 15/08/2020.

MARÍN, Roselia Bustillo. **El control de convencionalidad:** la idea del bloque de 18atéria18cionalidade y su relación em el control de 18atéria18cionalidade em 18atéria electoral. 2013. Disponível em: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/el_control_de_convencio-nalidad_PJF_1.pdf. Acesso em: 15/08/2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**. v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897> . Acesso em 15/08/2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Controle concentrado de convencionalidade tem singularidades no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, Coluna de 24 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/valerio-mazzuoli-controle-convencionalidade-singularidades>>. Acesso em: 16/08/2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. **Revista dos Tribunais**. 2. ed. São Paulo: 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da corte internacional de justiça. Corte Internacional de Justiça. FAAP. 1945. Disponível em: http://www.faap.br/responsabilidadesocial/pdf/carta_onu.pdf. Acesso em 14/08/2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do Direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A incorporação das normas internacionais de direitos humanos no direito brasileiro**. 2. ed. São José: CRV, 1996.

VIENA. CVSDT. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. 26 de maio de 1969.

Disponível em:

<https://web.archive.org/web/20070818154913/http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em: 14/08/2020.