

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E
MOVIMENTOS SOCIAIS III**

FREDERICO THALES DE ARAÚJO MARTOS

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS

GIOVANI DA SILVA CORRALO

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 Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Frederico Thales de Araújo Martos; Gabriela Oliveira Freitas; Giovani da Silva Corralo. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-818-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Democracia e Movimentos Sociais. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS III

Apresentação

No período de 12 a 14 de outubro de 2023, na cidade de Buenos Aires, ocorreu o XII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), evento que reuniu acadêmicos, pesquisadores e profissionais das mais diversas áreas jurídicas, proporcionando, mais uma vez, um valioso espaço para o compartilhamento de conhecimentos, debates e reflexões enriquecedoras.

O Grupo de Trabalho Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais III contou com artigos que refletem a considerável abrangência de temas passíveis de reflexão em nível de pós-graduação em Direito.

A defesa dos direitos humanos e da democracia em sociedades cada vez mais complexas e com enormes desafios, associado ao dinamismo dos mais diversos movimentos sociais, soblevam a importância das reflexões feitas, em todas as dimensões e direções, a permitir um melhor entendimento do mundo contemporâneo.

Por mais que o CONPEDI se firme como um dos mais importantes eventos da pós-graduação brasileira em Direito, as problemáticas trabalhadas neste Grupo de Trabalho possuem uma amplitude trans e interdisciplinar, a fazer com que o Direito dialogue com importantes outras áreas do conhecimento humano.

Temas sempre relevantes, como a violência doméstica e de gênero, mutação constitucional, efetivação dos direitos humanos, pluralismo jurídico, controle de convencionalidade, direitos da criança e do adolescente, direitos políticos, direito à educação, povos indígenas, dignidade da pessoa humana, se somam a temáticas que abarcam os avanços da neurociência e do mundo cibernético.

Não obstante tal abrangência, o fio condutor das pesquisas é norteado pela defesa dos direitos humanos, da democracia e da legitimidade dos mais distintos movimentos sociais.

Os trabalhos apresentados neste Grupo de Trabalho ressaltam a importância crucial da pesquisa jurídica na promoção da justiça, da democracia e dos direitos humanos em um mundo complexo e interdependente. Esperamos que os artigos e estudos compilados nestes

anais sirvam como uma fonte valiosa de conhecimento e inspiração para todos os interessados em construir um futuro mais inclusivo e comprometido com os direitos fundamentais de cada ser humano.

Coordenadores:

Frederico Thales de Araújo Martos -Faculdade de Direito de Franca/Universidade do Estado de Minas Gerais

Gabriela Oliveira Freitas -Universidade FUMEC

Giovani da Silva Corralo -Universidade de Passo Fundo

CONTROLE JURISDICIONAL DE CONVENCIONALIDADE - POR UMA PRÁXIS ACOLHEDORA DA MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

CONVENTIONAL JURISDICTIONAL CONTROL - FOR A WELCOMING PRACTICE OF THE GLOBALIZATION OF LAW

Denise Antunes ¹

Resumo

O artigo tem como escopo tratar da ideia filosófica concernente à mundialização do direito, como detentora de bases fortes para a adoção, pelo Poder Judiciário, de uma práxis voltada à proteção dos direitos humanos. O estudo está envolto nos ensinamentos de Delmas-Marty, Kant e Habermas, todos tendentes a indicar um 'direito comum' em prol dos direitos humanos e direitos fundamentais. A imprescindível relatividade da soberania estatal exsurge dentro do contexto filosófico analisado, e segue em evidência quando se adentra no enfoque dado à internacionalização dos direitos humanos. Este fenômeno é estudado em paralelo com a visão cosmopolita, mormente porque dita internacionalização se concebe como fruto da mundialização. Na sequência, tomará dimensão o controle de convencionalidade (jurisdicional), quando se apresenta o propósito de defender a necessidade de uma práxis judiciária acolhedora do 'direito comum', em prol do ser humano, e inclusive indicar-se-á, brevemente, algumas tendências de ordem constitucional, mais especificamente teorias supraconstitucionais, que inspiram a atuação judicial sempre preocupada com a aplicação da norma mais favorável, seja de qualquer ordem, diante de violações de direitos humanos. De modo dedutivo e realizando revisão bibliográfica, pretende-se engrandecer o controle jurisdicional de convencionalidade, instrumento hábil à garantia dos direitos humanos.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Direitos humanos, Internacionalização dos direitos humanos, Mundialização do direito, Supraconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

The scope of the article is to deal with the philosophical idea concerning the globalization of law, as a holder of strong bases for the adoption, by the Judiciary, of a praxis aimed at the protection of human rights. The study is wrapped in the teachings of Delmas-Marty, Kant and Habermas, all tending to indicate a 'common law' in favor of human rights and fundamental rights. The essential relativity of state sovereignty emerges within the analyzed philosophical context, and remains in evidence when one enters into the approach given to the internationalization of human rights. This phenomenon is studied in parallel with the cosmopolitan vision, mainly because said internationalization is conceived as a result of globalization. In the sequence, the control of conventionality (jurisdictional) will take on a

dimension, when the purpose of defending the need for a judicial practice that embraces the

¹ Mestranda em Direito UEPG. Juíza de Direito aposentada (TJPR). Especialista em Direitos Humanos e

Questão Social pela PUC-PR. deniseantunes46@gmail.com. ORCID: 0000-0002-6466-280X. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0723475554325918>.

'common law', in favor of the human being, is presented, and it will even briefly indicate some constitutional trends, more specifically supraconstitutional theories, which inspire judicial action always concerned with the application of the most favorable norm, be it of any order, in the face of human rights violations. Deductively and performing a bibliographical review, it is intended to enhance the jurisdictional control of conventionality, a skillful instrument for guaranteeing human rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventionality control, Human rights, Internationalization of human rights, Globalization of law, Supraconstitutionalism

INTRODUÇÃO

Analisar o fenômeno da ‘mundialização do direito’ e suas implicações na seara dos direitos humanos, é o primeiro propósito do presente trabalho, sendo que num segundo plano, pretende-se indicar o instituto do controle de convencionalidade como importante instrumento à efetivação dos referidos direitos.

Empregando o método dedutivo e revisão bibliográfica em doutrina, a investigação se desenvolve a partir do estudo das bases filosóficas calcadas em Immanuel Kant e Jürgen Habermas que asseguram à mundialização do direito seus reflexos como base de uma comunidade mundial de valores

Ainda será analisado o ideal proposto pela filósofa francesa Mireille Delmas-Marty, a qual apresenta concepções calcadas nos ideários da cooperação internacional, humanismo e fraternidade, quando então propõe a aproximação entre as diversas ordens jurídicas. Delmas-Marty, inclusive, utiliza de seu marco teórico em prol da interpretação dos direitos humanos, e a filósofa indica um direito que seja mundial, sem que seja um direito total, e sim um ‘direito comum’.

Num segundo momento, será observado como se deu a reformulação da esfera da soberania dos Estados, entretanto porque dito assunto é inerente ao tema voltado à cosmopolitização do direito. Nessa ordem, Luigi Ferrajoli trata do assunto no contexto do novo constitucionalismo e, leciona que, a soberania já atingida em sua dimensão interna com o desenvolvimento do Estado constitucional de direito, desintegra-se também em sua soberania externa quando em paralelo com o sistema de normas internacionais, provenientes da internacionalização dos direitos humanos.

Em seguida, adentrar-se-á, assim, no assunto concernente à internacionalização dos direitos humanos em paralelo com a visão cosmopolita, não se olvidando que dita internacionalização se concebe como fruto da mundialização, sendo que propicia um constante diálogo entre direito interno e direito internacional, de modo que a abertura das constituições estatais e também do direito infraconstitucional para normas e obrigações estrangeiras é capaz de determinar a capacidade de interação dos Estados com o mundo exterior. Tratados, acordos e convenções admitidas em âmbito externo, sobretudo em matérias envolvendo direitos humanos, são responsáveis pelas grandes mudanças na positivação constitucional, passando a existir uma tendência de tratamento privilegiado a fontes do direito internacional.

Diante do cenário exposto acima, salta aos olhos a importância do controle de convencionalidade no Estado Democrático de Direito, e existem fundamentos jurídicos, nacionais e internacionais, ensejando a aplicação efetiva do instituto pelo Judiciário,

coadunando com os enfoques referentes à relativização da soberania e os tangentes à mundialização do direito aqui retratada como sendo o avanço da internacionalização dos direitos humanos.

Portanto, imperioso que o instituto do controle de convencionalidade, em especial aquele exercido pelo Poder Judiciário, seja um mecanismo de acolhimento de toda essa tendência da mundialização do direito, posto que se trata de importante instrumento de proteção dos direitos humanos.

1 MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

A grande movimentação no cenário mundial a partir do advento da Segunda Guerra Mundial, foi responsável pela internacionalização dos direitos humanos e, importante fenômeno constitucional exsurgiu a partir da Carta da ONU de 1945, seguida da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujos marcos anunciaram o fim do modelo de Estado soberano que perdurou séculos.

A mundialização do direito surge justamente nesse cenário dinâmico no qual são percebidas as mudanças no Estado e para o cidadão, pois aquele já não é mais o ‘soberano absoluto’, e o indivíduo (ser humano), é envolto em uma pluralidade de normas que surge com a internacionalização do direito, cuja implicação maior se dá na seara dos Direitos Humanos.

Portanto, o fenômeno da mundialização do direito, anda ao lado da internacionalização dos direitos humanos, bem como presente nessa corrida aparece a globalização econômica e tecnológica, cujos efeitos nefastos do neoliberalismo, passaram a exigir um novo olhar para o direito e para a sociedade.

A jurista francesa Mireille Delmas-Marty (2004) com suas ideias de cooperação internacional, humanismo e fraternidade, apresenta uma proposta de aproximação entre as diversas ordens jurídicas que pode ser entendida como uma sugestão de como se interpretar os direitos humanos. Foi através da obra “Por um direito comum” que a jurista traz a proposta de um direito que seja mundial, sem que seja um direito total, e sim um direito comum. E, faz-se nítido em seu discurso a diferenciação entre a mundialização e a globalização, pois ela indaga o seguinte: "A mundialização do direito se limita a construir uma comunidade econômica ou prenuncia uma verdadeira comunidade mundial de valores?" Segundo a jurista, "a mundialização não remete apenas ao direito nascido da globalização econômica, mas também à universalização dos direitos do homem, fundada na declaração 'universal' de 1948". Historicamente Delmas-Marty (2007) considera que, depois da queda do Muro de Berlim em

1989 e da criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1994, teve início uma espécie de corrida entre esses dois processos: "O direito do comércio se judicializa com a criação do órgão de apelação junto à OMC, ao passo que ainda não existe uma corte mundial de direitos humanos".

A francesa pontua o que se deve evitar dentro da sua teoria do direito comum, e assevera que, por ocasião do diálogo entre as ordens jurídicas, não se deve excluir ou negar os direitos do homem, não se deve excluir o 'diverso', como solução para a sua existência. Não se pode excluir as minorias nacionais, étnicas, religiosas, ou linguísticas, pois a existência de convenção a respeito não significa o desaparecimento da discriminação. Ainda, deve-se cuidar para que, ao possibilitar iguais condições a todos, não signifique fazer todos iguais. Parte da premissa de que se são reservados os direitos ao grupo minoritário, identificado como tal, destacando suas diferenças, pode-se caminhar para a exclusão.

Sugere também que se observe as experiências realizadas no 'laboratório europeu', pois ela indica a possibilidade de harmonizar diferentes sistemas jurídicos, de forma a não unificar, por não impor hierarquia nem identidade das normas. Ou seja, alerta que a harmonização é ainda mais fácil de ser aceita que a unificação, por detrás da qual reside sempre o perigo totalitário, sobretudo em escala planetária. A harmonização das ordens jurídicas favorece, como explica Delmas-Marty, uma concepção tolerante do direito, aproximando um sistema do outro, excluindo apenas as diferenças que são incompatíveis. (DELMAS-MARTY, 2004, p. 287-289).

Aliás, como complementação, Delmas-Marty entende que não basta a transferência parcial de legitimidade decisória, por parte dos Estados-Membros, às organizações internacionais. Segundo ela, é necessário ir além, criando, de início, mecanismos para conceder poderes participativos aos cidadãos e às organizações não institucionais, consideradas, pela jurista, os "novos autores da mundialização". (DELMAS-MARTY, 2004, p. 33-34).

Pode-se complementar que então, o diálogo multilateral, para progredir, depende da efetiva receptividade do direito internacional perante os governos e sociedades nacionais¹. A tentativa de Mireille Delmas-Marty é buscar condições para um direito comum, desde que

¹ O sistema do direito, em todos os níveis, segundo Habermas, deve estar comprometido com o constitucionalismo republicano, que unifica, em sua substância, a autonomia pública e a autonomia privada. Restou demonstrado que o protagonismo dos direitos humanos se associa à estruturação do projeto cosmopolita, abrindo o caminho para o aperfeiçoamento normativo do direito internacional. (PIRES, 2020).

não se traduza na dominação entre sistemas, mas fazendo compatíveis as contribuições de cada um deles.

A ideia envolta no fenômeno ‘mundialização’ já havia sido demarcada por Kant. O chamado direito cosmopolita (surgido a partir da categoria política grega da “cidadania mundial”), em meados do século XVIII, restou cogitado por Kant (2022) na obra “À paz perpétua: um projeto filosófico”.

Não se olvide que Kant viveu um momento, quando escreveu a obra em apreço (1795), de alto grau de desorganização dos Estados e propôs a visualização de um “estado da natureza” na própria comunidade mundial, pois já não bastava mais os cidadãos saírem do estado da natureza para se organizarem em Estados, e voltou-se aos próprios Estados em si considerados, pois esses que estariam sob a perspectiva de um “estado da natureza” entre si². Entendeu Kant ser necessária, portanto, uma organização entre Estados para que estes compusessem uma Liga Internacional, com o intuito de manter a paz, revelando sua intenção de aplicar a teoria contratualista no plano internacional. Tanto assim que a sugestão de Kant para a composição de uma Liga Internacional de Estados embasou a criação de Organizações Internacionais tais como a Liga das Nações (após a I Guerra Mundial).

Já se diga que a ideia do filósofo se encontra atual, na esteira da mundialização do direito, pois, para Kant a "ideia racional de uma comunidade universal pacífica, ainda que não amigável, de todas as nações da Terra que possam entreter relações que as afetam mutuamente, não é um princípio filantrópico (ético), mas um princípio jurídico" e, ainda que haja dúvida sobre a possibilidade da paz perpétua, trabalhar pela paz como um fim ideal é um dever moral dos indivíduos e dos Estados. (KANT, 2022, p. 194).

Kant então traz a abordagem do chamado direito das gentes, ou seja, o direito cosmopolita (o direito dos cidadãos do mundo), quando defende, em vista da paz mundial, que todos os Estados devem promulgar uma Constituição republicana, e as Constituições nacionais, seriam imprescindíveis para o estabelecimento de uma “federação de estados livres”. (KANT, 2022, p. 127 e 132).

² *IN DEMOCRACIA COSMOPOLITA*: “O Estado de paz entre os seres humanos que vivem próximos uns aos outros não é nenhum estado de natureza (*status naturalis*), que é, ao contrário, um estado de guerra, isto é, um Estado no qual, embora nem sempre haja uma eclosão das hostilidades, há sempre, contudo, uma ameaça constante e que elas eclodam. Ele deve ser, portanto, *instituída*, pois o deixar de fazer as hostilidades ainda não é nenhuma garantia de paz e sem que esta seja concebida por um vizinho a outro (o que, no entanto, só pode acontecer em um estado *legal*), este pode tratar aquele que tenha exigido essa segurança como um inimigo.” (KANT, 2022, p. 37).

Pensou assim, o filósofo, em uma cidadania global, em que certos direitos são reconhecidos como inerentes à condição humana, transcendendo os limites das fronteiras dos países e das pluralidades étnicas.

Cruz (2016, p. 42), o qual se propõe a analisar as perspectivas filosóficas de Kant e Habermas no artigo “Cosmopolitismo e Controle de Convencionalidade” (com o intuito de contribuir para maior proteção aos direitos humanos em escala transnacional), efetua análise acerca da proposta kantiana voltada para um direito cosmopolita, bem como a crítica de Habermas ao preconizar a instauração de uma ordem jurídica mundial jurisdicionalizada. Importante enfoque é dado pelo autor (CRUZ, 2016), em paralelo com a análise de Soraya Nour³, quando frisa que, em momento anterior ao pensamento cosmopolita kantiano, havia apenas o direito interno de cada Estado, e o direito das gentes (como referido acima), e que exsurge com Kant uma nova dimensão que é tida como o direito cosmopolita, direito dos cidadãos do mundo, que considera cada indivíduo não membro de seu Estado, mas membro, ao lado de cada Estado, de uma sociedade cosmopolita.

O direito cosmopolita (*ius cosmopolitanum*) apresentado por Kant, é tido como um elemento indispensável para a realização gradual da paz perpétua, sendo a paz o bem maior almejado pelo ideal humanitário em todos os tempos e, pois, indica a relevância de seu pensamento na atualidade na qual se cogita a mundialização do direito agora dentro da perspectiva de pacificação das relações internacionais.

Tanto assim que, segundo Jürgen Habermas, o direito cosmopolita deve ser compreendido como um novo paradigma do direito internacional, na perspectiva da democracia deliberativa. (PIRES, 2020)⁴.

Primeiro Habermas, em sua “Teoria do agir comunicativo”, indica ser sempre necessário estabelecer o consenso, o discurso e a democracia como forma de chegar a um ideal comum e, inclusive ensina que se impõe admitir a existência de um modelo de comunicação, que busque entendimento entre os diferentes sujeitos da sociedade. Ou seja, segundo Habermas, a democracia só se mostrará em ser real aspecto, quando os seres humanos estiverem abertos

³ Sobre a autora e obra mencionada por Cruz (2016): NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁴ O entendimento de democracia deliberativa para Habermas, gira em torno de um modelo ou processo de deliberação política de cunho democrático, contando com a participação da sociedade civil quando do agir em prol de se estipular regras para a vida em sociedade. Está atrelada à ideia de que a legitimidade das decisões e ações políticas deriva da deliberação pública da maioria, cujos cidadãos, em geral, devem ser livres e iguais. Dentro do contexto comunicacional, a democracia deliberativa está fundada na premissa de que cidadãos e representantes políticos se devem justificativas mútuas.

para ouvir aos demais, atingindo a melhora e o bem-estar social (ser humano deve se conscientizar que deve deixar de lado as paixões, e basear-se no racional).

Esclarecedora visão sobre o pensamento do filósofo, é repassada pela jurista Terezinha Inês Teles Pires (2020), no sentido de que Habermas é considerado defensor do estabelecimento de uma ordem institucional cosmopolita, sendo que ele sugere, até mesmo, a criação de órgãos internacionais nas três esferas do poder político – legislativo, judiciário e executivo – com competência para impor suas normas e decisões aos governos nacionais.

O pensamento político de Habermas representa uma das principais fontes de influência, em termos de paradigma sistêmico, no que diz respeito à transformação do direito internacional, rumo ao cosmopolitismo.

De fato, em certa passagem de sua obra, Habermas comenta que

“o ponto vulnerável da proteção global dos direitos humanos é outra vez a ausência de um poder executivo que pudesse fazer com que a Declaração Universal dos Direitos Humanos fosse observada pelo poder soberano dos Estados nacionais (e caso necessário, por meio de intervenções); visto que em muitos casos os direitos humanos precisam ser implementados contra os governos nacionais, a proibição de intervir do direito internacional precisa ser revista”. (HABERMAS, 2018, p. 308).

Ou seja, para Habermas a proteção dos direitos humanos constitui o principal fundamento da democracia e (também) do direito cosmopolita, trazendo propostas de reformas nas organizações e instituições internacionais, com ênfase no sistema das Nações Unidas.

Nessa toada da grande deficiência da proteção de direitos preconizada pelas Nações Unidas (falta de um Poder Executivo⁵) é complementado que, considerável parte do desrespeito aos direitos humanos tem sido proveniente de governos nacionais. Refere-se inclusive a casos em que as Nações Unidas poderiam intervir para proteger os membros de uma minoria nacional contra o próprio Estado, como uma “expansão das fronteiras de ação internacional”. (HABERMAS, 2018, p. 309).

Não por acaso, Cruz (2016, p. 44), comenta que Habermas aponta o fenômeno da globalização como responsável contemporâneo pelo questionamento de alguns dos

⁵ Ainda que não trate de uma instituição com poderes coercitivos (v.g. um Poder Executivo), nota-se que existe a ideia da criação de uma Corte Constitucional Internacional. Segundo Glasenapp (2018) tal ocorrência se deu quando do “fechamento do sistema interno da Tunísia”, em 1999, por sugestão de Mocef Mazurki como um instrumento possível para a superação da crise instalada. Comenta que “de lá para cá, a academia acabou por colocar em discussão tal criação; sendo que no ano de 2015 foi apresentada proposta de uma Declaração para a criação da Corte Constitucional Internacional. A criação da Corte Constitucional Internacional objetiva encerrar as dificuldades existentes em países democráticos de solucionar conflitos que envolvam violação aos direitos humanos.

pressupostos essenciais do direito internacional clássico, entre eles a soberania dos Estados e as nítidas distinções entre política interior e exterior, e que Habermas bem enxerga que a atuação dos grandes agentes econômicos (companhias transnacionais e bancos privados), aliada à desnacionalização das economias, e privam os sujeitos dos Estados (a partir dos quais Kant concebera a associação de Estados livres) - da base de sua independência.

Nas palavras de Habermas (2018) é dito, pois, que:

“Agentes não-estatais como empresas transnacionais e bancos privados com influência internacional esvaziam a soberania dos Estados nacionais que eles mesmos acatam de um ponto de vista formal. Hoje em dia, cada uma das trinta maiores empresas do mundo em operação movimenta uma receita maior que o produto nacional bruto de noventa dos países representados na ONU, considerados individualmente. Mas mesmo os governos dos países economicamente mais fortes percebem hoje o abismo que se estabelece entre seu espaço de ação nacionalmente delimitado e os imperativos que não são sequer do comércio internacional, mas sim das condições de produção integradas em uma rede global. Estados soberanos só podem ter ganhos com suas próprias economias enquanto se tratar aí de "economias nacionais" sobre as quais eles possam exercer influência por meios políticos. Com a desnacionalização da economia, porém, em especial com a integração em rede dos mercados financeiros e da produção industrial em nível global, a política nacional perde o domínio sobre as condições gerais de produção - e com isso o leme com que se mantém em curso o nível social já alcançado. (...) O "soft power" recalca o "hard power": e priva os sujeitos - a partir dos quais Kant concebera a associação de Estados livres - da base de sua independência. (HABERMAS, 2018, p. 195-196).

Nata-se, antes, que o assunto envolve (também) o tema referente a relativização da soberania (o que ensejaria um artigo científico próprio), porque se observa a necessidade de transformação do diálogo existente entre os Estados em algo além, ou seja, em uma ordem jurídica cosmopolita que vise proteger os direitos humanos de acordo com a esperada institucionalização (para Habermas a institucionalização no âmbito da ordem cosmopolita que apenas está emergindo).

Enfim, o paradigma comunicativo da democracia deliberativa oferecido por Habermas, respalda a ideia da cidadania mundial, da mundialização do direito, e adentra como inspiração à internacionalização dos direitos humanos.

2 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

No tocante à internacionalização dos Direitos Humanos, a Segunda Guerra Mundial foi determinante para a criação e a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois tal matéria surge como resposta às atrocidades cometidas durante o nazismo. E inclusive, Piovesan (2021, p. 213 e ss), completa que, nesse cenário, ocorreu o esforço para reconstruir o sistema de proteção dos direitos humanos, e destaca ainda que:

“Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução. (...) A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional. (...) O processo de internacionalização dos direitos humanos – que, por sua vez, pressupõe a delimitação da soberania estatal – passa, assim, a ser uma importante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto.”

Não se olvide que antes, pós 1ª Guerra, e como precedentes do surgimento do direito internacional dos direitos humanos, três primeiros marcos deram início a esse processo de internacionalização: a criação do Direito Humanitário (v.g. Cruz Vermelha); a criação da Liga das Nações (1920); e a criação da Organização Internacional do Trabalho (1919).

Portanto, após a segunda grande guerra, é que o fenômeno nominado por alguns estudiosos como o “moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos” sobreveio no cenário pós nazismo, e foi motivado pela crença de que parte das violações ocorridas na guerra poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse. (Thomas BUERGENTHAL apud PIOVESAN, 2014, p. 6).

Assim, em 1945 e através da assinatura da Carta das Nações Unidas (assinada em São Francisco, Califórnia, EUA), foi criada a ONU (Organização das Nações Unidas criando a Organização das Nações Unidas (ONU), organismo que tem por objetivo salvaguardar a paz e a segurança internacionais. Após intensos trabalhos, a Comissão de DDHH elaborou, discutiu e votou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, submetendo-a a Assembleia Geral, que a aprovou, proclamando-a solenemente em 10 de dezembro de 1948. Aliás, é com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que se estabelece o marco do início do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, como sistema jurídico normativo de alcance internacional, com o objetivo de proteger os direitos humanos. (PIOVESAN, 2014, p. 23).

Exsurge nesse cenário, o sistema global de proteção dos direitos humanos (da ONU) e os sistemas regionais de proteção, sistemas esses (global e regionais) que não são dicotômicos, e sim complementares. As normas de ordem internacional são estabelecidas através das convenções, tratados e pactos discutidos e aceitos entre os chamados Estados-partes que compõem as suas respectivas organizações.

Dentro dessa concepção contemporânea, vislumbra-se que a importância do movimento de internacionalização na esfera dos direitos humanos, está na garantia de que a proteção dos direitos fundamentais do ser humano não se restrinja apenas ao domínio do Estado, algo tido como nacional e interno, devendo ser algo que englobe toda uma jurisdição, de forma

geral e internacional, uma vez que é dever do Estado em harmonizar a sua ordem jurídica interna à luz dos preceitos internacionais de DDHH.

Nessa ordem de ideias, é intuitivo reconhecer as características do processo de internacionalização dos direitos humanos: (1) o estabelecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como referencial axiológico a ser respeitado por todos os Estados; e a (2) a limitação da soberania estatal (cuja dimensão enseja outro artigo científico, como já se mencionou acima).

Seguindo o intuito de presente artigo, no que tange ao controle de convencionalidade exercido pelos juízes e pelas juízas nacionais, sabe-se que ele deve ser realizado a partir de um conjunto de normas e decisões produzidas no âmbito dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, as quais oferecem exatamente o parâmetro a partir do qual aquele controle é posto em marcha.

Nessa oportunidade, impõe-se verificar como o direito interno brasileiro se comporta diante do direito internacional. E isso se faz na esteira de Mazzuoli (2009, p. 113-139), quando nos ensina que o controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.

Primeiro, deve-se analisar a mudança que ocorreu com o surgimento da Emenda Constitucional 45/2004 (na parte que ora nos interessa), pois dita norma fez ingressar dois parágrafos no art. 5º da CF: §§ 3º e 4º, além do § 2º já existente na CF/88 desde a promulgação, e observar que tais comandos acrescentaram a possibilidade de se realizar o controle de convencionalidade das leis (que se trata da ‘compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país’, segundo Mazzuoli (2009, p. 114). Veja-se:

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. (Incluído pela EC 45/2004)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela EC 45/2004)

A propósito, como dito acima, as duas vias de controles se deram em épocas diferentes, pois, enquanto o controle de convencionalidade difuso existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 05 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período (§ 2º supra); o controle de convencionalidade concentrado legislativamente surgiu apenas em 08 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 (incluindo o § 3º).

O § 3º do artigo 5º da Constituição da República de 1988, analisado sob a ótica do STF, gerou o entendimento de que somente os tratados aprovados pelo procedimento previsto no § 3º têm status constitucional, e aqueles que não, possuem natureza infraconstitucional, contudo, ditos tratados de direitos humanos assumem a posição de supralegalidade.

Quando um tratado internacional sobre direitos humanos for aprovado no Congresso, com o quórum descrito, ele terá o mesmo peso de uma Emenda e, por isso, conclui o STF que a partir da EC 45/04, tais tratados sobre direitos humanos passaram a ter natureza constitucional posto que aprovados duas vezes em cada Casa do Congresso Nacional por 3/5 dos votos.

O Supremo analisou o tema quando do julgamento do HC 466.343-SP de 2008⁶ (sem maioria absoluta e por diferença de apenas um voto) e decidiu que o status atribuído aos tratados de direitos humanos tem caráter de supralegalidade, um patamar entre as leis infraconstitucionais e a Constituição, e não grau constitucional atribuído em outros países⁷ e os demais tratados internacionais de direitos humanos (não aprovados na forma referida acima) assumem a posição de supralegalidade (superiores às leis ordinárias, mas inferiores à CF).

⁶ Lembra-se que o caso analisado levou nova orientação do STF diziam respeito à prisão civil do depositário infiel, prevista no artigo 5º, LXVII da Constituição de 1988, pois contrastava com o artigo 7.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH, segundo o qual a prisão por dívidas somente pode ser decretada em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar. Não obstante, o STF acaba afastando a possibilidade de prisão do depositário infiel e, com esse comando, foi necessário modificar o entendimento sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, a fim de que as disposições constitucionais e infraconstitucionais pudessem ser interpretadas à luz da CADH (ou Pacto de São José da Costa Rica). Nessa toada, o que ocorreu é que o STF afirmou a *supralegalidade* dos tratados internacionais de Direitos Humanos, mas determinou a prevalência da Convenção em relação à norma constitucional que admite, expressamente, a prisão do depositário infiel, reconhecendo assim a aplicação do princípio *pro persona (pro homine)* e a prevalência dos DDHH.

⁷ Como por ex., Equador e México admitem a hierarquia constitucional e frisam a regra interpretativa fundada o princípio *pro persona*, sendo que são os países que apresentam maior grau de refinamento no tocante as cláusulas de abertura, pois além de atribuir a esses tratados a hierarquia constitucional e de incorporação automática, frisam a regra interpretativa do princípio *pro persona*, tendo como vetor maior o prevalência da dignidade humana. (PIOVESAN, 2021, p. 168-171).

A posição majoritária no julgamento do recurso extraordinário foi a adotada pelo Ministro Gilmar Mendes, enquanto a posição liderada pelo Ministro Celso de Mello conferiu a estatura constitucional aos tratados em comento, sendo que existe ainda posição que sustenta a supraconstitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. (MARINONI, 2013, p. 59, 68-70).

E tal entendimento partiu do caso ora em análise (HC 466.343), pois não se pode deixar de pontuar que a prisão civil do depositário infiel estava no próprio texto constitucional (e não só na lei referente à alienação fiduciária) e, a rigor, a Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, não poderia modificar tal comando constitucional. É nessa lógica que a questão da supraconstitucionalidade da Convenção, torna-se mais evidente quando a própria dicção da norma constitucional contraria a Convenção. (MARINONI, 2013, p. 68).

O jurista Néstor Pedro Sagüés (2009) defende a supraconstitucionalidade das Convenções e comenta que mesmo a constituição nacional não está excetuada de ser confrontada pelos tratados internacionais de direitos humanos, sendo que o Pacto de San José é antes de tudo parte do ordenamento jurídico do Estado, e deve ser confrontado com as Constituições dos Estados-partes (e, não ser aplicado, somente no caso de exsurgir da Constituição comando no qual se contemple um determinado direito com maior amplitude que os tratados internacionais dos direitos humanos, aplicando-se o princípio pro homine). Sagüés assevera, portanto, que a Convenção daí possui condição de supraconstitucionalidade, e cita como exemplo o caso da "A última tentação de Cristo" x Chile, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando exigiu que o Chile modificasse cláusula da Constituição local que se opõe ao Pacto, como de fato foi feito posteriormente.

No âmbito acadêmico nacional, existe divergência doutrinária sobre a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos. Flávia Piovesan e Cançado Trindade sempre defenderam a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, a partir do próprio texto constitucional visto no § 2º do art. 5º (lá sempre presente) desde a promulgação da CF e, pois, mesmo já se conferia a importância em relevo aos mencionados tratados, mesmo antes da EC 45 e independentemente do procedimento que ela estabeleceu. Então, tal entendimento se baseou na regra do § 2º do art. 5º da CF, acima descrita, e da leitura do § 2º, esses juristas comentam que, se os direitos constantes dos tratados internacionais valem tanto quanto os direitos previstos expressamente na Constituição, eles possuem a mesma natureza desses últimos, sendo, portanto, dotados de status constitucional. Não haveria diferença hierárquica entre os direitos

constantes nos tratados e na Constituição. Sustentam inclusive que a mudança trazida pela Emenda 45 não teria alterado a realidade normativa, mas tão somente formalizado o que já se deveria reconhecer, que seria a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos. (PIOVESAN 1, 2021, pp. 133-171).

Por sua vez, Cançado Trindade (2003) assevera que o § 2º do art. 5º, constituindo uma cláusula aberta, admitiria o ingresso dos tratados internacionais de direitos humanos na mesma condição hierárquica das normas constitucionais e não com outro status normativo.

A doutrina inclusive comenta sobre a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos analisar a própria Constituição:

(...) ao contrário dos instrumentos que somente criam obrigações recíprocas entre os Estados, esses tratados têm como objetivo a proteção das pessoas, estabelecendo deveres do poder público em relação a seus jurisdicionados. Não se trata de casualidade, portanto, que o conteúdo dos tratados de direitos humanos frequentemente se sobreponha ao conteúdo das Constituições, uma vez que a garantia dos direitos da pessoa humana é uma área comum aos dois sistemas. (...) Assim, a partir da análise da jurisprudência do STF, identificamos que a supralegalidade possibilita que os tratados de direitos humanos sejam utilizados não apenas para interpretar as disposições legais, mas também a própria Constituição. (MAUÉS, 2013).

Não se olvide que, antes da Emenda 45, o STF entendia que os tratados de direitos humanos tinham natureza de lei ordinária, ou seja, tinham o mesmo peso de outros tratados, como aqueles que tratam de comércio entre os países ou direito do mar.

Nota-se que os tratados de direitos humanos, mesmo aprovados antes da EC 45/04 (incorporados à ordem jurídica brasileira), também possuem a mesma natureza definida pelo STF, ou seja, natureza supralegal e podem ser submetidos ao procedimento previsto na lei, quando então terão status constitucional.

Assunto mencionado no meio acadêmico, e pois, impõe-se o comentário de que ditos tratados com status constitucional (status de emenda constitucional), não integrarão o texto expresso da constituição, de modo que a constituição formal passará a ser formada por mais de um documento legislativo, o documento da constituição propriamente dita e o documento do tratado internacional sobre os direitos humanos, e mais: ditos tratados poderão servir de parâmetro ao controle de constitucionalidade das leis porque amplia-se o bloco de constitucionalidade (que é formado pelo conjunto de normas que podem servir de parâmetro ao controle de constitucionalidade das leis). (BARRETO, 2021, p. 104-105).

Enfim, diante da importância da natureza dos tratados internacionais de direitos humanos em relação a superioridade normativa das normas legais, impõe-se aos órgãos do

Poder Judiciário brasileiro o dever de realizar o chamado controle de convencionalidade, denotando-se que tal atitude judiciária ganha dimensão quando se contextualiza os Direitos Humanos com a realidade social atual, pois o Brasil, dentre os países em que há a previsão normativa dos direitos humanos, é um dos que mais tem desafios a serem superados, se não o que mais tiver (v.g. o Brasil tem uma população já superior a 208 milhões e com inúmeras situações de vulnerabilidade social), com observação significativa de grandes violações aos direitos humanos. (GLASENAPP, 2018).

3 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM SINTONIA COM O IDEAL DA MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

O exercício do controle jurisdicional de convencionalidade no Brasil não é comum, e nem está no dia a dia dos magistrados. Na literatura sobre o assunto, depara-se sempre com as constatações de juristas no sentido de que, no caso brasileiro, percebe-se:

“certo provincianismo e apego constitucional, em razão da baixa densidade não só da aplicação dos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, como também da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como argumento persuasivo das razões de decidir do STF”. (SALDANHA e MELLO, 2014).

Diante do cenário exposto acima, salta aos olhos a importância do controle de convencionalidade no Estado Democrático de Direito, e existem fundamentos jurídicos, nacionais e internacionais, ensejando a aplicação do instituto pelo Judiciário, somados à relativização da soberania e os enfoques da mundialização do direito aqui retratada como sendo o avanço da internacionalização dos direitos humanos, a qual por sua vez, concede o aparecimento da jurisdição constitucional. Tal jurisdição emerge dentro do contexto do novo constitucionalismo, indicando a crescente ascensão institucional do Poder Judiciário no cenário jurídico e em especial, na seara dos direitos fundamentais.

A partir da visão cosmopolita do direito, percebe-se a importância de indicar tendências ‘mundializadas’ para o exercício do controle de convencionalidade pelo poder judiciário, quando do confronto entre o direito interno e o direito internacional nas esferas normativa e jurídica, mormente porque a inspiração provinda da mundialização do direito leva em consideração a existência de um “direito comum”.

Nessa razão de ser, frisa-se ser imperioso que a magistratura brasileira leve em conta a possibilidade de que os diálogos entre diferentes jurisdições podem indicar a melhor alternativa a ser aplicada, mesmo diante da pluralidade não ordenada de normas, advinda do

ideal preconizado pela mundialização no direito e, por certo, culminar na garantia dos direitos fundamentais.

Sabe-se que o meio acadêmico concede uma gama de teorias que envolve as relações entre os Estados e suas Cortes Supremas e as organizações internacionais de direitos humanos. Estudiosos propõe diálogo acerca de um constitucionalismo supranacional, de ordem global, que conceda à comunidade internacional um único sistema legal e legítimo que provenha de planeamento humanitário.

Merecível de citação são as tendências motivacionais provindas das seguintes teorias: (a) Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice, (b) Estado constitucional cooperado de Peter Häberle, (c) Transconstitucionalismo de Marcelo Neves, e (d) Teoria da interconstitucionalidade de J. J. Gomes Canotilho.

Partindo da ideia de um Sistema Constitucional Multinível na Europa (interação entre o Direito Europeu e os Direitos nacionais dos países membros da União Europeia), surgiu o chamado o constitucionalismo multinível o qual preconiza ser necessária a criação de uma norma fundamental superior e comum a todos (ou a vários) Estados. A concepção do constitucionalismo a vários níveis é normalmente atribuída a Ingolf Pernice (2001) que passou a tratar do tema em meados da década de 90, e ele parte de uma ideia questionável no contexto da análise sobre a União Europeia, exemplo clássico de constitucionalismo multinível, da transferência de legitimidade democrática dos cidadãos de cada um dos Estados-Membros, para a União Europeia e suas instituições.

Já a teoria do Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle (2007), além de focar no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, possui a intenção maior de dar ênfase à cooperação, responsabilidade internacional, e à solidariedade. Ou seja, Häberle, por volta do ano 2000, desenvolve sua teoria, observando como a cooperação mútua é necessária e concede um modelo de abertura do cenário internacional (trazendo a ideia de ruptura da soberania estatal), em face do comprometimento de todos os Estados em prol dos direitos humanos.

Transconstitucionalismo, tratado por Marcelo Neves (2018)⁸, também desde o começo do século XXI, possui uma concepção mais abrangente das demais, pois trata da relação que envolve várias ordens jurídicas em torno de um problema comum. Argumenta-se que se intensifica a gama de problemas de direitos humanos ou fundamentais ligados a limitação do

⁸ Trabalho referente ao tema foi apresentado por Marcelo Neves como tese para o concurso de professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizado em maio de 2009.

poder, e tais problemas tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica uma relação transversal permanente entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns.

Por sua vez, com a percepção do pluralismo jurídico-constitucional atual, exsurge a teoria da interconstitucionalidade (concebida no cenário de Portugal), com o propósito de captar o fenômeno da pluralidade de fontes constitucionais e analisar as tentativas judiciais de as acomodar num contexto jurídico-constitucional não hierarquicamente estruturado – como é aquele da União Europeia. Em outras palavras, diante da cogitada ausência de hierarquia no contexto europeu, J. J. Gomes Canotilho (2006) adentra no século XXI e nos explica que os instrumentos do direito constitucional nacional já não conseguem captar o sentido, os limites, nem fornecer compreensões juridicamente adequadas para os problemas da integração europeia, o que exige o desenvolvimento de uma teoria da interconstitucionalidade que explique o que se está a passar.

Notadamente, exsurge nesse cenário, o controle de convencionalidade (cujo objeto é a garantia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais) como instrumento ao desenvolvimento dos ideias voltados à mundialização do direito, e como uma estrutura primária para tal mister. A importância em fazer referência as teorias de enfoque supranacionais está no fato de que os direitos fundamentais estão em ampla expansão no mundo. A partir desse enfoque que se fez imperioso o “debate de um constitucionalismo supranacional, mundial, que congregue a comunidade internacional em uma única ordem legal sustentada em um projeto humanitário”. (GÓMEZ apud BOLZAN, 2002, p. 93).

Inclusive, o controle de convencionalidade passa a ser a ferramenta dialógica a instrumentalizar as propostas constitucionais supra mencionadas, e à disposição do Poder Judiciário a fim de respeitar os padrões mínimos de proteção dos direitos humanos já consagrados pela Corte Interamericana ou para que sejam alcançados padrões de proteção mais elevados, seja regional e/ou internacional.

Intuitivo, pois, o entendimento de que, o modelo multinivelado do constitucionalismo (seja ele qual for, de acordo com as teorias vistas) exige uma outra postura do Poder Judiciário, vale dizer, não se pode fechar os olhos para essas fortes tendências que surgem no cenário constitucional, cuja gênese se conforma na internacionalização dos direitos humanos, na relativização da soberania, no enaltecimento global acerca do zelo aos direitos fundamentais (todos fenômenos exsurgentes da mundialização do direito). Tais fenômenos

confirmam cada vez mais a importância da atuação do judiciário em prol da aplicação ou prevalência das normas mais adequadas aos casos analisados (aquelas que melhor atendem ao princípio pro homine, pro persona) dentro do sistema legal que envolva normas internacionais, e que busquem fortalecer o Estado de Direito, a democracia e a garantia dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esteira do que foi pensando por Kant, após analisado por Habermas, e idealizado por Delmas-Marty, chega-se a ideia de que uma cidadania mundial e democrática, só será possível no contexto da mundialização do direito, através de um direito comum, um direito das gentes.

Necessário será focar no diálogo entre as ordens jurídicas sem qualquer tipo de exclusão ou negação aos direitos do homem, na onda da “Teoria do agir comunicativo” a fim de se estabelecer o consenso, o discurso e a democracia como forma de chegar a um ideal comum. Enaltecer a democracia deliberativa, e não se deve excluir o ‘diverso’, como solução para a sua existência, cuidando para que, ao possibilitar iguais condições a todos, não signifique fazer todos iguais.

O direito cosmopolita (*ius cosmopolitanum*) apresentado por Kant, exsurge como algo bastante atual, seja porque seu sentido axiológico de realização gradual da paz perpétua, coaduna com o ideal humanitário preconizado com a corrente da mundialização do direito, e com o entendimento de Jürgen Habermas, quando revela que o direito cosmopolita deve ser compreendido como um novo paradigma do direito internacional, na perspectiva da democracia deliberativa.

A partir dessa base filosófica, compreendeu-se que, nessa toada cosmopolita do direito por certo não se pode mais conceber a soberania tal qual era tida no contexto histórico de meados do séc. XX, dentro de um cenário intocável e imaculado, tanto que o referido tema merece ser tratado em artigo próprio, mormente porque há de se entender a relativização da soberania como necessária para fortalecimento da democracia, enquanto se admite a prevalência dos preceitos de ordem constitucional e do necessário engrandecimento aos direitos fundamentais, aos direitos humanos.

A internacionalização dos Direitos Humanos concebeu a disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos a qual envolve uma gama de temas, e entre eles, a abordagem dos sistemas de proteção dos direitos humanos (global e regionais) que conduzem análise das normas de ordem internacional de direitos humanos e como tais convenções ou

tratados são vistos no Brasil. É daí que se passa a cogitar o controle de convencionalidade, cujas particularidades impulsionam a entender o instituto como uma ferramenta hábil a acolher a tão propagada mundialização do direito, mormente quando existem teorias de ordem constitucional que propugnam por um modelo multinivelado do constitucionalismo, seguindo o mesmo ideal da mundialização, qual seja, o de um direito comum, de um constitucionalismo supranacional.

Enfim, tal arcabouço filosófico indica a tendência mundializada do direito, do direito comum, para inspirar o exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário e, por sua vez, desenvolver práxis intensa do judiciário voltada ao controle de convencionalidade em garantia dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Rafael. **Direitos Humanos**. 10 ed. Salvador: JusPodium. 2021.

BOLZAN, José Luis. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. 1, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CRUZ, Fabrício Bittencourt da. Cosmopolitismo e Controle de Convencionalidade. In: DUARTE, Fabiane Pereira de Oliveira; CRUZ, Fabrício Bittencourt da; JARDIM, Tarciso Dal Maso. (coord.). **Controle de Convencionalidade**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016. p. 35-60.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Tradução de Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. A mundialização do direito e a busca de uma comunidade de valores. Por Flávia Dourado. IEA - **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. 28/9/2007. Disponível em: [A mundialização do direito e a busca de uma comunidade de](#)

valores — Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (usp.br) . Acesso em outubro de 2022.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. A efetivação dos direitos humanos no Brasil por meio do controle de convencionalidade a ser realizado pela Corte Constitucional Internacional: um caminho a ser trilhado – a Corte Constitucional Internacional e o controle de convencionalidade no Brasil. **Convenit Internacional**, n. 28, set./dez. 2018. ISSN 1517–6975. Disponível em: <http://www.hottopos.com/convenit28/17-24GlaseNapp.pdf>.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/217387366/H-aBERLE-Peter-Estado-Constitucional-Cooperativo> .

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua**: um projeto filosófico. Tradução Bruno Cunha Petrópolis: Editoras Vozes, 2022 (2ª reimp.).

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 46, n. 181, jan/mar 2009. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 889, nov. 2009 | **Revista de Direito do Estado**: RDE, n. 14, abr./jun. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194897> . Acesso em fev 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro). IN: MARINONI, Luiz Guilherme, e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano** – Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

MAUÉS, Antonio Moreira. **Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional**. Site da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Corte IDH. 2013 Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32493.pdf> .

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2018 (5ª tiragem da 1ª ed. de 2009).

PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in the European Union**. Walter Hallstein-Institut Paper 5/02. Für Europäisches Verfassungsrecht Humboldt-Universität zu Berlin. Juli:

2001. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf> .

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Estúdio Editores, 2014.

PIRES, Teresinha Inês Teles. A concepção de Jürgen Habermas sobre o direito cosmopolita: premissas filosóficas e pragmáticas de um ideal humanitário. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, Joaçaba, v. 21, n. 2, jul./dez. 2020, p. 333-352. Disponível em: A concepção de Jürgen Habermas sobre o direito cosmopolita: premissas filosóficas e pragmáticas de um ideal humanitário - Dialnet (unirioja.es)

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El "control de convencionalidad", en particular sobre las constituciones nacionales. La Ley, 19 fev 2009. **Portal José Perez Corti**. Disponível em: http://joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Sagues_Control_de_Convencionalidad_L_L_2009.pdf.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes, e MELLO, Rafaela da Cruz. Internacionalização dos Direitos Humanos e diálogos transjurisdicionais: uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Artigo publicado no livro do XXIII **Encontro Nacional do CONPEDI**. 2014. Disponível : em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=195>.