

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, TEORIA DO DUPLO CONTROLE E O PACTO NACIONAL DO JUDICIÁRIO PELOS DIREITOS HUMANOS: AVANÇOS E DESAFIOS

CONVENTIONALITY CONTROL, DOUBLE CONTROL THEORY AND THE JUDICIARY'S NATIONAL PACT FOR HUMAN RIGHTS: ADVANCES AND CHALLENGES

André de Carvalho Ramos^I

Marina Faraco Lacerda Gama^{II}

^I Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. Doutor em Direito Internacional.

^{II} Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. Doutora em Direito de Estado.

Resumo: Este artigo pretende analisar o atual estágio do universalismo dos direitos humanos no Brasil por meio da investigação do instituto do controle de convencionalidade e da teoria do duplo controle, examinando as possibilidades de um diálogo entre os intérpretes nacionais e internacionais nesta seara por meio das medidas previstas no “Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos”, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2022. Para tanto, parte-se da análise do desenho atual do direito internacional dos direitos humanos, com foco no universalismo em concreto e na importância dos processos internacionais de direitos humanos na formação da interpretação internacionalista da temática. Em seguida, será examinada a delicada relação entre o direito nacional e o direito internacional sob duas diferentes perspectivas: a visão estática e a visão dinâmica. Ao final, serão delimitados os requisitos para caracterização do chamado “diálogo das Cortes” e, na sua impossibilidade, a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (órgãos de direitos humanos do plano internacional).

Palavras-chave: Direitos Humanos. Universalismo. Controle de Convencionalidade. Diálogo das Cortes. Duplo controle.

Abstract: This article aims to analyze the current stage of the universalism of human rights in Brazil by investigating the institute of conventionality control and the theory of double control, examining the possibilities of a dialogue between national and international interpreters in this area through the measures provided for in the “National Pact of the Judiciary for Human Rights”, launched by the National

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v17i41.756>

Recebido em: 03.04.2022

Aceito em: 05.05.2022



Council of Justice in the year 2022. To this end, we begin by analyzing the current design of international human rights law, focusing on concrete universalism and the importance of international human rights processes in shaping the internationalist interpretation of the topic. Next, the delicate relationship between national law and international law will be examined from two different perspectives: the static view and the dynamic view. At the end, the requirements for characterizing the so-called “dialogue of the Courts” will be defined and, if this is not possible, the theory of the double control or screening of human rights, which recognizes the separate action of the control of constitutionality (Supreme Federal Court and national courts) and the control of international conventionality (human rights bodies at the international level).

Keywords: Human Rights. Universalism. Conventionality Control. Dialogue of the Courts. Double control.

1 Introdução

O presente artigo busca analisar o estágio atual do universalismo dos direitos humanos no Brasil por intermédio da análise do instituto do controle de convencionalidade e da teoria do duplo controle à luz da recente iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (2022) de criar o “Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos”.

Com o “Pacto Nacional” surge uma janela de oportunidade para transpor a barreira ao universalismo em concreto dos direitos humanos, que vem a ser a insistência em uma interpretação nacionalista dos textos internacionais de direitos humanos. Tal insistência resulta em uma manutenção do relativismo (localismo) nos direitos humanos, aumentando-se o risco de violação de direitos.

Por isso, cabe investigar, no presente artigo, as possibilidades de um diálogo entre os intérpretes nacionais e internacionais na área dos direitos humanos por meio das medidas adotadas pelo “Pacto Nacional” e também os desafios a serem enfrentados para que se consiga uma completa inserção do Brasil na promoção dos direitos humanos à luz do universalismo.

Para tanto, o artigo é dividido em três partes: na primeira, analisar-se-á o desenho atual do direito internacional dos direitos humanos, com foco no universalismo em concreto e a importância dos processos internacionais de direitos humanos na formação da interpretação internacionalista da temática.

Após, será abordada a delicada relação entre o direito nacional e o direito internacional, subdividindo-a em duas visões: a visão estática e a visão dinâmica. Em seguida, será delineado o chamado “diálogo das Cortes”. Na impossibilidade do diálogo, será analisada a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (órgãos de direitos humanos do plano internacional).

Essa incursão teórica possibilita a análise do “Pacto Nacional” (e afins), mostrando suas principais medidas e desafios.

2 A expansão quantitativa e qualitativa do direito internacional

2.1 A geografia expansiva do direito internacional

A partir de meados do século XX, houve forte expansão quantitativa das normas do direito internacional, em suas várias ramificações e subsistemas (direito da integração, direito internacional dos direitos humanos, direito internacional do meio-ambiente, etc.), as quais passaram a tratar de matérias outrora reservadas (quase que exclusivamente) ao direito nacional.

Além da expansão quantitativa, houve, igualmente, nas últimas décadas, uma expansão qualitativa do direito internacional, por meio do fortalecimento de procedimentos internacionais de interpretação e cumprimento das normas, superando, em vários ramos do direito internacional, a tradicional descentralização e fragilidade na execução das normas internacionais.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos apresenta cabal exemplo da criação de órgãos internacionais voltados à supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados, em especial após a 2ª Guerra Mundial, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU). Lentamente, houve a criação de tribunais e órgãos quase judiciais, com a conseqüente adoção de diversos tipos de processos internacionais de direitos humanos.

Destacam-se, no plano global, os órgãos da ONU e os Comitês dos tratados instituídos sob os auspícios daquela organização internacional; no plano regional, citem-se os tribunais internacionais de direitos humanos, como as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos¹. Houve ainda a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) e dos tribunais internacionais temporários *e ad hoc*, como os Tribunais internacionais penais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda (já extintos), bem como os tribunais “internacionalizados” ou híbridos, que são tribunais internos, financiados, organizados e com forte ingerência (inclusive com a nomeação de juízes) da Organização das Nações Unidas, mas contando também com a participação do Estado².

Todavia, essa “geografia expansiva” não gerou novas regras claras de convivência entre o direito internacional e o direito interno. Pelo contrário, não há claramente um *primus inter pares* e os desejos de supremacia de todas as ordens jurídicas envolvidas não são abandonados. Pelo contrário, ambas as ordens (internacional e nacional) possuem vocação para a primazia. De um lado, o pilar dos ordenamentos dos Estados democráticos é o princípio da supremacia da Constituição. Por sua vez, o direito internacional adota a supremacia internacionalista: não admite que suas normas sejam descumpridas sob a escusa de óbices internos, como se vê da

1 Ver mais sobre tais sistemas (global e regionais) de direito humanos em CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

2 CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2019.

leitura do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969)³, que meramente reproduz o costume internacional sobre a matéria⁴.

No caso brasileiro, houve intensa celebração de tratados após a redemocratização, sem contar a nossa tradicional vinculação a costumes internacionais. Além disso, o Brasil se submeteu à interpretação de vários órgãos internacionais, como, por exemplo, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional, o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, entre outros.

Em resumo, os ordenamentos podem se chocar, tal qual as placas tectônicas, com decisões contraditórias oriundas dos planos doméstico e internacional. No Brasil, esse “choque das placas tectônicas” era questão de tempo e ocorreu, com estardalhaço, em 2010, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 pelo STF e, meses depois, na condenação do Brasil no Caso *Gomes Lund* perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com isso, o mesmo objeto (lei brasileira de anistia aos agentes da ditadura militar, envolvidos em graves violações de direitos humanos), foi apreciado por *dois* Tribunais vinculados a *ordens jurídicas distintas*, com decisões aparentemente contraditórias.

Nesse panorama de potencial conflito, merecem destaque os esforços de diálogo e conciliação entre as ordens internacional e nacional expostos abaixo.

2.2 O direito internacional dos direitos humanos: uma breve introdução

O direito internacional dos direitos humanos consiste no conjunto de normas internacionais que estipula direitos essenciais do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas. Esse ramo do direito internacional possui características singulares: (i) trata de direitos de todas e todos, não importando a nacionalidade, credo, opção política, entre outras singularidades; (ii) os Estados assumem deveres em prol dos indivíduos, sem a lógica da reciprocidade dos tratados tradicionais (natureza objetiva das normas internacionais de direitos humanos); (iii) os indivíduos têm acesso a instâncias internacionais de supervisão e controle das obrigações dos Estados, sendo criado um conjunto de sofisticados processos internacionais de direitos humanos⁵.

Após décadas de anuência brasileira a tratados e costumes internacionais, a internacionalização dos direitos humanos é hoje uma realidade incontornável ao Brasil. Graças a ela, temos obrigações internacionais densificadas por uma interpretação internacionalista extraída de processos internacionais de direitos humanos aos quais os Estados livremente se vincularam.

3 Já ratificada e incorporada internamente pelo Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. *In verbis*: Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

4 Nesse sentido, cite-se o *Caso Relativo ao Tratamento de Nacionais Poloneses e Outras Pessoas de Origem Polonesa no Território de Danzig* no qual a Corte Permanente de Justiça Internacional (antecessora da Corte Internacional de Justiça) afirmou que “*according to generally accepted principles, a State cannot rely, as against another State, on the provisions of the latter’s Constitution, but only on international law*”. Corte Permanente de Justiça Internacional, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, opinião consultiva de 4 de fevereiro de 1932, *P.C.I.J.*, Series A/B, n. 44, pp. 24-25.

5 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7a ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 109-114.

2.3 O universalismo em concreto: os processos internacionais de direitos humanos e a interpretação internacionalista dos direitos humanos

Com a internacionalização, consagrou-se o universalismo dos direitos humanos, tanto do ponto *ratione materiae*, por ser direito de todas e todos, quanto do ponto de vista *ratione loci*, não limitado às fronteiras de um Estado. Assim, um tratado como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece a mesma redação de direitos a Estados díspares como Brasil, Costa Rica ou Nicarágua⁶.

Porém, esse universalismo seria meramente abstrato, caso cada Estado pudesse interpretar livremente os direitos previstos nos tratados. Assim, não basta a adoção da mesma redação de um determinado direito em dezenas de países que ratificaram um tratado para que o universalismo seja implementado. É necessário que tenhamos também uma uniforme interpretação desse texto. Ou seja, é necessário que exista um mecanismo internacional que averigue como o Estado interpreta o texto adotado.

Por isso, o direito internacional dos direitos humanos é composto por duas partes indissociáveis: o (i) rol de direitos de um lado e os (ii) processos internacionais que interpretam o conteúdo desses direitos e zelam para que os Estados cumpram suas obrigações.

Manter uma interpretação nacional torna o regime jurídico dos direitos humanos internacionais incoerente: universal no texto, nacional na aplicação e interpretação de suas normas na vida cotidiana. Nos dias de hoje, não é mais suficiente assinalar, formalmente, os direitos previstos no direito internacional, registrar, com alegria, seu estatuto normativo de cunho constitucional ou supralegal e, contraditoriamente, interpretar os direitos ao talante nacional.

Esse esquema tradicional de aplicação do direito internacional dos direitos humanos não é mais adequado para levarmos os direitos humanos internacionais a sério. É necessário que avancemos na aceitação da interpretação desses direitos pelo direito internacional, iniciando-se um diálogo e uma fertilização cruzada entre os tribunais internos e os tribunais internacionais.

No caso brasileiro, não é mais possível evitar a interpretação internacionalista, pois aderimos a vários mecanismos coletivos de apuração de violação de direitos humanos, como, por exemplo, o da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Não cabe mais, então, interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos sob uma ótica nacional, desprezando a interpretação da Corte IDH, por exemplo.

6 “Isso impõe para cada um desses Estados diversos deveres, entre eles o de cumprir e observar os direitos assegurados naquele tratado, tanto em suas relações recíprocas quanto nas que se estabelecerem em seus territórios, e, conseqüentemente, o de adequar suas respectivas legislações internas àquelas disposições, seja de forma negativa, invalidando as normas que lhe sejam contrárias, seja de forma positiva, produzindo regras aptas a garantir sua plena execução.” (FARACO, Marina. Pluralismos Jurídicos sob a perspectiva de um Código de Processo Constitucional: a necessária regulamentação processual do controle de convencionalidade das leis no Brasil. In: André Ramos Tavares; Marina Faraco Lacerda Gama. (Org.). *Um código de processo constitucional para o Brasil*. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 342).

3 A visão estática e a visão dinâmica da relação entre o direito interno e o direito internacional

Há dois modos pelos quais é possível o estudo da relação entre o direito interno e o internacional: o modo (ou visão) estático e o modo (ou visão) dinâmico.

O modo estático foca-se no estudo (i) do mecanismo de formação e incorporação e (ii) da hierarquia nacional das normas internacionais de direitos humanos.

Já o modo dinâmico, sem desprezar a importância inicial do debate sobre a incorporação e a hierarquia das normas internacionais, concentra-se na maneira pela qual é feita a interpretação das normas internacionais pelos órgãos internos⁷.

A diferença entre as duas visões é justamente o foco no cumprimento *aparente* ou *real* das obrigações internacionais assumidas pelo Estado. Na área dos direitos humanos, a internacionalização cumpre o ideal universalista da matéria, pelo qual as opções locais que violem esses direitos essenciais não podem prosperar. Os localismos das proteções nacionais de direitos são combatidos, impedindo que um Estado justifique determinado tratamento ofensivo por apelo (i) à hierarquia superior de determinada norma nacional, (ii) à falta de incorporação interna de norma internacionalmente válida ou, ainda, (iii) à interpretação nacional das normas internacionais.

No Brasil, a visão estática é bem estudada, com discussões longevas sobre o modo de formação e incorporação de tratados⁸ ao nosso ordenamento. No que tange aos tratados de direitos humanos, a temática da formação e incorporação dos cristalizou a chamada teoria da junção de vontades, na qual o Supremo Tribunal Federal exige as chamadas quatro fases: a fase da assinatura, a fase da aprovação congressional, a fase da celebração e a fase da incorporação estrito senso (ou fase da promulgação; fase do decreto executivo ou decreto presidencial).

Já no que tange à hierarquia, após o R.E n. 466.343⁹, o STF consagrou o chamado “duplo estatuto” dos tratados de direitos humanos, pelo qual os tratados que foram aprovados de acordo com o rito especial do art. 5º, § 3º da CF/88 serão equivalentes às emendas constitucionais; mas os tratados que foram aprovados de acordo com o rito simples (ou seja, não correspondente ao rito do art. 5º, § 3º), mesmo após a Emenda Constitucional n. 45/04, terão natureza suprallegal¹⁰.

No que tange à visão dinâmica, sua essência está relacionada à aceitação - ou não - da interpretação internacionalista das normas de direitos humanos, que pode inclusive auxiliar na

7 CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 306 e seguintes

8 Ver os processos de formação e incorporação dos tratados, bem como de impregnação dos costumes internacionais ao ordenamento brasileiro em CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019, pp. 306 e seguintes.

9 STF, RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, j. 3-12-2008, Plenário, DJe de 5-6-2009, com repercussão geral.

10 Com o recente julgamento da ADI n. 5.543, em 2020, em que a Corte reconheceu o status de norma materialmente constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados com o rito das emendas constitucionais, essa posição de 2008 do STF quanto ao caráter suprallegal desses tratados tende a ser revista, conferindo efetividade para o disposto no art. 5, §2º, da CF/88. A esse respeito, vide: FARACO, Marina. Pluralismos Jurídicos sob a perspectiva de um Código de Processo Constitucional: a necessária regulamentação processual do controle de convencionalidade das leis no Brasil. In: André Ramos Tavares; Marina Faraco Lacerda Gama. (Org.). *Um código de processo constitucional para o Brasil*. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, p. 337-354.

superação de eventual fragilidade na hierarquia interna de norma internacional. Por exemplo, na discussão do estatuto normativo da Convenção Americana de Direitos Humanos (se equivalente a lei ordinária federal, supralegal ou de natureza constitucional), a visão dinâmica imporia o respeito à Opinião Consultiva n. 14 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que afirma que a Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser cumprida, em qualquer hipótese, mesmo que contrarie dispositivo constitucional fruto do Poder Constituinte Originário¹¹.

O estudo da visão dinâmica é imprescindível no atual momento da proteção de direitos no Brasil porque (i) o Brasil ratificou dezenas de tratados de direitos humanos e (ii) reconheceu a jurisdição obrigatória contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem contar sua aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional ou ainda de diversos órgãos quase judiciais de direitos humanos, aos quais o Brasil acatou a análise de petições de vítimas de violações de direitos.

Assim, a existência de obrigações internacionais (direito material) interpretadas internacionalmente (processos internacionais) gera um potencial conflito entre a interpretação judicial nacional e a interpretação internacional dos direitos previstos nessas mesmas normas.

Não seria razoável, por exemplo, que, ao julgar a aplicação de determinado artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Poder Judiciário nacional optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), abrindo a possibilidade de eventual sentença desta Corte contra o Brasil. Seria replicado um cenário da “internacionalização ambígua ou imperfeita”: os Estados ratificam os tratados de direitos humanos, mas desejam interpretá-los nacionalmente, criando o “tratado internacional nacional”.

4 O diálogo das Cortes

Após quase 22 anos do reconhecimento brasileiro da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (em 10-12-1998), bem como da existência de sentenças contra o Brasil, além de medidas provisórias¹², o uso de deliberações internacionais para a fundamentação de decisões do STF não é novidade¹³. Em estudo publicado em 2009 por um dos autores deste artigo, foram colacionadas algumas decisões daquela Corte que buscavam fundamentar a interpretação dos direitos humanos nas decisões e pareceres consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁴.

11 Ver o conteúdo e comentários à Opinião Consultiva n. 14 em CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

12 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, pp. 448-449.

13 Interessante, contudo, notar que, na prática, até o ano de 2018, quando a Constituição brasileira completou 30 anos de vigência, havia apenas 28 decisões do STF expressamente mencionando decisões ou opiniões consultivas da Corte IDH, dentre as quais em apenas 5 se nota um efetivo diálogo com essa jurisprudência vinculante para o Brasil (Cf. FARACO, Marina; BARBERY, Susana. A influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na interpretação da Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal. *In: 30 anos da Constituição: múltiplos olhares sobre as suas promessas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 381-382).

14 CARVALHO RAMOS, André de. “O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” in AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Líliliana Lyra (orgs.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 805850.

A menção aos precedentes destes órgãos internacionais de direitos humanos na jurisprudência do STF é mais um passo a ser dado na valorização do direito internacional dos direitos humanos. A convergência entre as deliberações nacionais e internacionais de direitos humanos afasta o risco de responsabilização internacional do Brasil.

Além do perigo da responsabilização internacional, o uso das deliberações internacionais para fundamentar decisões locais sobre direitos humanos implementa, concretamente, os compromissos assumidos pelo Estado em favor dos jurisdicionados, cumprindo-se o disposto no art. 5º, § 2º da CF/88.

Por isso pugnamos por um *diálogo entre as Cortes*, estimulando a necessária abertura e convergências entre as decisões nacionais e internacionais. Esse “diálogo das Cortes” deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados.

Para evitar que o “diálogo das Cortes” seja mera peça de retórica judicial, há que se levar em consideração os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um “diálogo” efetivo: 1) menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências reconhecidas pelo Tribunal nacional; 3) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) peso dado aos dispositivos e à jurisprudência internacionais. Caso a decisão nacional tenha preenchido os quatro parâmetros, houve efetivamente um “diálogo das Cortes”.

Claro que não é possível obrigar os juízes nacionais ao “diálogo das Cortes”, pois isso desnaturaria a independência funcional e o Estado Democrático de Direito.

Contudo, no caso de o “diálogo das cortes” inexistir ou ser insuficiente para obtermos a convergência das ordens jurídicas plurais, é necessário que se investigue uma alternativa para a preservação da harmonia entre as ordens jurídicas justapostas, como se segue abaixo na defesa da aplicação da *“teoria do duplo controle”*, de modo a evitar uma “guerra judicial” entre o Poder Judiciário brasileiro e os órgãos internacionais judiciais ou quase judiciais de direitos humanos.

5 O controle de convencionalidade e a teoria do duplo controle.

5.1 O controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade consiste na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). Esse controle pode ter efeito negativo ou positivo: o efeito negativo consiste na invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais, no chamado controle destrutivo ou saneador de convencionalidade; o efeito positivo consiste na interpretação adequada das normas nacionais para que estas sejam conformes às normas internacionais (efeito positivo do controle de convencionalidade), em um controle construtivo de convencionalidade¹⁵.

15 SAGÜES, Nestor Pedro. “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano, y sus antecipos en

Há duas subcategorias: (i) o controle de convencionalidade de matriz internacional, também denominado controle de convencionalidade autêntico ou definitivo; e (ii) o controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar.

O controle de convencionalidade de matriz internacional é atribuído a órgãos internacionais, compostos por julgadores independentes, criados por normas internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do *judex in causa sua*. Na seara dos direitos humanos, exercitam o controle de convencionalidade internacional os tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Europeia, Interamericana e Africana), os comitês onusianos, entre outros.

Há ainda o controle de convencionalidade nacional, que vem a ser o exame de compatibilidade do ordenamento interno às normas internacionais feito pelos Tribunais internos¹⁶.

5.2 A superação do conflito entre a interpretação nacionalista e internacionalista de direitos humanos: a teoria do duplo controle.

Paras analisarmos a possibilidade de superação de conflito entre o STF e órgão internacional de direitos humanos foi escolhido o chamado “caso da guerrilha do Araguaia”. No âmbito do STF, foi proposta, em outubro de 2008, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153), pedindo que fosse interpretado conforme a Constituição de 1988 o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 6.683, de 1979 (Lei da Anistia), de modo a declarar que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estendia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão (civis ou militares) contra opositores políticos durante o regime militar.

Por sua vez, em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) processou o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH, guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos), no chamado Caso Gomes Lund e outros contra o Brasil, invocando, ao seu favor (entre outros argumentos), a copiosa jurisprudência da Corte IDH contrária às leis de anistia e favorável ao dever de investigação, persecução e punição penal dos violadores bárbaros de direitos humanos.

A ADPF 153 foi julgada em 28 de abril de 2010, tendo o STF decidido que a Lei da Anistia alcança os agentes da ditadura militar, tornando impossível a persecução criminal pelas graves violações de direitos humanos ocorridas na época dos “anos de chumbo”¹⁷. Chama a atenção que, novamente, ignorou-se a interpretação internacional da Convenção Americana de Direitos Humanos, de responsabilidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias com el sistema europeo”, in: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (orgs.). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitucionalé commune en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

16 CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022, pp. 630 e seguintes.

17 STF, ADPF 153, rel. min. Eros Grau, j. 29-4-2010, P, DJE de 6-8-2010.

Contudo, em 24 de novembro de 2010, meses após a decisão do STF, a Corte IDH condenou o Brasil no Caso Gomes Lund, exigindo que fosse feita completa investigação, persecução e punição criminal aos agentes da repressão política durante a ditadura militar, mandando o Brasil desconsiderar, então, a anistia para tais indivíduos.

Como cumprir a decisão da Corte IDH?

Inicialmente, partimos da seguinte premissa: não há conflito insolúvel entre as decisões do STF e da Corte IDH, uma vez que ambos os tribunais têm a incumbência de proteger os direitos humanos. Adotamos, em seguida, a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos¹⁸, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade internacional (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional).

Os direitos humanos, então, no Brasil, possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles para que sejam respeitados os direitos no Brasil. Esse duplo controle parte da constatação de uma verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos.

De um lado, o STF, que é o guardião da Constituição e exerce o controle de constitucionalidade. Por exemplo, na ADPF 153 (controle abstrato de constitucionalidade), a maioria dos votos decidiu que o formato amplo de anistia foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Por outro lado, a Corte de San José é guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos tratados de direitos humanos que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de convencionalidade. Para a Corte IDH, a Lei da Anistia não é passível de ser invocada pelos agentes da ditadura.

Com base nessa separação, é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e uma da Corte IDH. Ao mesmo tempo em que se respeita o crivo de constitucionalidade do STF, deve ser incorporado o crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Todo ato interno (não importa a natureza ou origem) deve obediência aos dois crivos. Caso não supere um deles (por violar direitos humanos), deve o Estado envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados.

No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um. Sucumbiu no controle de convencionalidade. Cabe, agora, aos órgãos internos (Ministério Público, Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) cumprirem a sentença internacional.

Essa opção de conciliação obviamente evita a “guerra judicial”, impedindo o risco apontado por Conci de reconhecer “(...) aos agentes estatais, e aos ministros do STF, especificamente, um poder de descumprir o direito internacional dos direitos humanos, por um lado, e o próprio

18 Foi exposta, pela primeira vez, a teoria do duplo controle (ou crivo) em 2011, em artigo de um dos autores. Ver em CARVALHO RAMOS, André de. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.). Crimes da Ditadura Militar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 174-225.

direito nacional, por outro, pois reconhece validade tanto à Convenção Americana sobre Direitos Humanos quanto ao ato de submissão à jurisdição da CIDH”¹⁹.

A partir da teoria do duplo controle, agora deveremos exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana. Só assim será possível impedir o antagonismo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos internacionais de direitos humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos.

6 O STF e o “diálogo dos direitos humanos”

A busca do “diálogo das Cortes” e da coordenação entre as fontes (e a interpretação) do Direito Constitucional e do direito internacional dos Direitos Humanos são aferidas em vários casos no Supremo Tribunal Federal.

Atualmente, o STF adotou o “duplo estatuto” dos tratados de direitos humanos: (i) aqueles que foram incorporados pelo rito especial do art. 5º, § 3º são considerados equivalentes à emenda constitucional; (ii) os demais têm natureza supralegal²⁰. Não obstante, trata-se de fórmula que merece *revisão* em razão do art. 5º, § 2º, da CF/88, pelo qual os tratados sobre direitos humanos possuem natureza materialmente constitucional, ou seja, nas palavras do Ministro Fachin do STF “[v]ale dizer, em que pese não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988 os direitos previstos nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela se incorporam quando o Brasil torna-se parte destes”²¹.

Com isso, o min. Fachin, no que tange a como o direito interno vê o direito internacional, reconhece a *natureza constitucional* dos tratados de direitos humanos, de acordo com o art. 5º, §2º, da CF/88. Tal natureza constitucional gera uma equiparação hierárquica entre as fontes dos direitos essenciais (os de matriz constitucional e os de matriz internacional) acarretando uma relação dialógica e complementar entre as atividades judicantes do Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos²².

A *natureza constitucional* dos tratados de direitos humanos também contribui para o cumprimento das obrigações internacionais do Estado brasileiro, evitando sua responsabilização internacional, uma vez que “uma resistência implícita ou explícita do papel do direito internacional dos direitos humanos na interpretação do direito constitucional pode gerar até

19 CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. “Decisões conflitantes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: vinculação ou desprezo” In: SOUSA, Marcelo Rebelo de e outros (org). *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. 1ed.Coimbra: Coimbra, 2012, v. 5, pp. 301-326.

20 Ver a evolução do posicionamento do STF em CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

21 Trecho do voto do min. Fachin. STF, ADI 5.543, rel. min. Edson Fachin, em trâmite (em março de 2020).

22 *In verbis*: “Os tratados de direitos humanos, na linha do disposto no art. 5º, §2º, da CRFB, têm natureza constitucional. Essa afirmação, ao implicar uma equiparação hierárquica entre as fontes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, impõe que a atividade judicante exercida por este Tribunal e pelos Tribunais de Direitos Humanos seja efetivamente dialógica e complementar. Noutras palavras, não há necessária submissão de uma ordem à outra”. Trecho de voto do min. Fachin na ADI 4.439 (ensino religioso em escolas públicas). STF, ADI 4.439, rel. p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, j. 27-9-2017, P, *Informativo* 879. Também foi mencionado no voto do min. Fachin no H.C 141.949/DF, rel. min. Gilmar Mendes, *DJe* de 21-3-2018.

mesmo responsabilidade internacional do Estado”²³. Com essa nova abordagem do estatuto interno dos tratados de direitos humanos, busca-se reconciliar “compromissos fundamentais internos e externos”²⁴.

Os eventuais conflitos entre as normas (e interpretações) de direitos do plano interno e internacional devem ser solucionados com apelo ao diálogo e à busca da maior proteção possível à pessoa humana.

7 A Recomendação n. 123 de 07/01/2022 e o “ Pacto Nacional”: aspectos gerais e o desafio de efetividade

Em 2022, o Conselho Nacional de Justiça deu dois passos importantes para zelar pela implementação da interpretação internacionalista dos direitos humanos no Brasil, resultando no universalismo em concreto, a saber: 1) a Recomendação n. 123 de 07/01/2022 e o “Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos”.

A Recomendação n. 123 estabelece, em seus considerandos, que consta da jurisprudência da Corte IDH, “o dever de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário, no sentido de que cabe aos juízes e juízas aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes”. Em outro “considerando”, o CNJ apontou que “cabe aos juízes extrair o melhor dos ordenamentos buscando o caminho para o equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes”²⁵.

Em conclusão, recomendou-se aos órgãos do Poder Judiciário do Brasil que (i) observem os “tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas” e (ii) assegurem a “a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral”.

Apesar da menção somente à “jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, a mesma lógica pode ser aplicada às outras deliberações internacionais vinculantes, como as dos Comitês onusianos em casos de petições individuais²⁶. Há inegável opção pelo

23 Trecho do voto do min. Fachin. STF, ADI 5.543, rel. min. Edson Fachin.

24 Trecho do voto do min. Fachin. STF, ADI 5.543, rel. min. Edson Fachin.

25 Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>, acesso em 29 de abril de 2022.

26 É o caso, por exemplo, da decisão tomada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU em 27 de março de 2022 reconhecendo a violação de diversos direitos humanos, entre os quais o direito político passivo, do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva: “(...) the Committee recalls that the Covenant recognizes and protects the right of every citizen to take part in the conduct of public affairs, the right to vote and to be elected, and the right to have access to public service. Whatever form of constitution or government is in force, the exercise of these rights by citizens may not be suspended or excluded except on grounds which are established by law and which are objective and reasonable.” (Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/4/B161C6A7D73444_decisao-onu.pdf, acesso em 02 de maio de 2022).

“controle de convencionalidade de matriz internacional”, pela remissão à jurisprudência da Corte IDH.

Já o “Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos” consiste na “adoção de medidas variadas voltadas para a concretização dos Direitos Humanos no âmbito do Poder Judiciário”. Desse modo, o Pacto busca fortalecer a “cultura de direitos humanos” no Poder Judiciário, como forma de se obter um efetivo controle de convencionalidade de inegável matriz internacional, uma vez que se baseia no uso da jurisprudência internacional na temática. O Pacto cita, ainda, a experiência da criação, no seio do CNJ, da sua Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF - Resolução CNJ n. 364 de 12/01/2021), que, como o próprio nome diz, visa verificar o cumprimento das deliberações internacionais da Corte IDH no Brasil.

As medidas iniciais adotadas no “Pacto” são: (i) instituição de “Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos”, com ênfase no controle de convencionalidade de matriz internacional (ênfase na jurisprudência interamericana); (ii) estímulo à inclusão da disciplina de Direitos Humanos nos editais dos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todas as esferas do Poder Judiciário nacional, “com destaque ao sistema interamericano, jurisprudência da Corte Interamericana, controle de convencionalidade, jurisprudência do STF em matéria de tratados de Direitos Humanos e diálogos jurisdicionais”; (iii) promover programas de capacitação em Direitos Humanos e controle de convencionalidade, também com ênfase ao “controle de convencionalidade; à jurisprudência interamericana; aos diálogos jurisdicionais; e ao impacto transformador do sistema interamericano considerando a experiência regional e brasileira”; (iv) publicação dos “Cadernos de Jurisprudência do STF: Concretizando Direitos Humanos” e (v) realização de Seminário internacional sobre “Direitos Humanos e Diálogos Jurisdicionais: Controle de Convencionalidade”, para divulgar e fomentar a temática entre os membros da magistratura²⁷.

Em todos seus aspectos, o “Pacto” estimula o desenvolvimento de um tipo específico de controle de convencionalidade, que é o controle de convencionalidade de matriz internacional. Nas palavras do min. Fux, “O Pacto é inspirado na Recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) 123/2022, que conclama os órgãos do Poder Judiciário a observar os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aplicando o controle de convencionalidade para garantir a harmonia entre o Direito interno e os compromissos internacionais assumidos pelo país”.²⁸

Contudo, resta o desafio da efetividade, ou seja, é necessário criar uma estrutura institucional que zele pelo cumprimento dessa almejada (e louvável) cultura dos direitos humanos na prática da judicatura brasileira.

Por isso, sugerimos a adoção do mesmo modelo adotado no art. 25 da Resolução do CNJ nº 449, de 30.03.22, que dispõe sobre a tramitação das ações judiciais fundadas na Convenção da Haia sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Tal artigo estipula a ação

27 Disponível em <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/monitoramento-e-fiscalizacao-das-decisoes-da-corte-idh/pacto-nacional-do-judiciario-pelos-direitos-humanos/>, acesso em 29 de abril de 2022.

28 FUX, Luiz. “Direitos humanos, democracia e Estado de Direito demandam Judiciário independente” in *Revista Conjur* de 22-03-2022, disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-mar-22/luiz-fux-judiciario-brasileiro-pelos-direitos-humanos>, acesso em 29 de abril de 2022.

da Corregedoria Nacional do CNJ, que pode inclusive instaurar “Pedido de Providências” para acompanhar as ações previstas naquela Resolução²⁹.

Com a adoção de tal modelo, a Corregedoria Nacional do CNJ poderia ser acionada para supervisionar, por exemplo, (i) ações que tratam da implementação de decisões internacionais de direitos humanos contra o Brasil ou ainda (ii) ações que busquem implementar a jurisprudência internacional de direitos humanos no Brasil.

8 Conclusão

O diálogo e coordenação estruturada da relação das ordens jurídicas internacional e nacional são temas urgentes na concretização do universalismo dos direitos humanos no Brasil

Essa ótica de diálogo com balizas ganha relevo especialmente considerando o aumento - exponencial - da importância da globalização e dos fluxos contínuos de pessoas e bens entre as fronteiras dos estados, o que exige cooperação e uso de normas internacionais.

O desafio da implementação do universalismo em concreto dos direitos humanos exige diálogo, parametrizado, entre as fontes normativas e as interpretações realizadas pelos órgãos nacionais e internacionais com o objetivo de (i) assegurar a proteção dos vulneráveis e (ii) promover a justiça social. Por isso, é louvável as últimas iniciativas do CNJ, que tem imenso potencial transformador.

Claro que resta o desafio de se ver, na prática das sentenças e dos acórdãos, a real implementação do controle de convencionalidade de matriz internacional e da “cultura dos direitos humanos”, o que exigirá um monitoramento constante.

Referências

CARVALHO RAMOS, André de. “O Diálogo das Cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” in AMARAL JUNIOR, Alberto do e JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). O STF e o direito internacional dos direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 805850.

CARVALHO RAMOS, André de. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org.). Crimes da Ditadura Militar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 174-225.

CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de direitos humanos*. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2022.

29 *In verbis*: “Do acompanhamento pela Corregedoria Art. 25. A Corregedoria Nacional de Justiça poderá instaurar Pedido de Providências para acompanhamento de ações previstas nesta Resolução e dos respectivos recursos e direcionará correspondência ao magistrado, encaminhando material informativo e reforçando a importância de adotar decisão conclusiva nos prazos estabelecidos. Parágrafo único. As atribuições deste artigo poderão ser exercidas concorrentemente com o Conselho da Justiça Federal, a Corregedoria-Geral da Justiça Federal e as Corregedorias Regionais da Justiça Federal”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/resolucao-xxx-dispoe-tramitacao-acoes1.pdf>, acesso em 29 de abril de 2022.

CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos em Juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. “Decisões conflitantes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: vinculação ou desprezo” In: SOUSA, Marcelo Rebelo de e outros (org). *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. 1ed.Coimbra: Coimbra, 2012, v. 5, pp. 301-326.

FARACO, Marina. Pluralismos Jurídicos sob a perspectiva de um Código de Processo Constitucional: a necessária regulamentação processual do controle de convencionalidade das leis no Brasil. In: André Ramos Tavares; Marina Faraco Lacerda Gama. (Org.). *Um código de processo constitucional para o Brasil*. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021, v. 1, p. 337-354.

FARACO, Marina; BARBERY, Susana. A influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na interpretação da Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal. In: *30 anos da Constituição: múltiplos olhares sobre as suas promessas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 375-406.

FUX, Luiz. “Direitos humanos, democracia e Estado de Direito demandam Judiciário independente” in *Revista Conjur* de 22-03-2022, disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-mar-22/luiz-fux-judiciario-brasileiro-pelos-direitos-humanos>, acesso em 29 de abril de 2022.

SAGÜES, Nestor Pedro. “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano, y sus antecipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias com el sistema europeo”, in: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (orgs.). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>>. Acesso em: 29 de abril de 2022.