

O estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: estudo a partir do caso da exigência de diploma de jornalismo para o exercício da profissão

The legal status of international human rights treaties in Brazil: a study based on the case of the requirement of a journalism diploma for the exercise of the profession

Carla Abrantkoski Rister

Juíza Federal. Professora do Programa de Mestrado Profissional da Universidade de Araraquara. Professora de Graduação em Direito Tributário e Financeiro. Pós-Doutora em Direito Público pela Universidade de Santiago de Compostela (USC) (2018), em Santiago de Compostela, Espanha. Doutora em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo (2003). Mestre em Engenharia pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (1992). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1997). Graduada em Engenharia Química pela Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (1988).

RESUMO:

O presente artigo aborda o estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Para tanto, a partir da análise do caso relativo à exigência de graduação em jornalismo para o exercício da profissão, trata das relações entre o Direito internacional e a ordem jurídica interna, bem como do controle de convencionalidade e do diálogo das Cortes. Dessa forma, apresenta um estudo da evolução jurisprudencial brasileira na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias de hoje, constando um progresso na abertura do Judiciário brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos nas últimas décadas. De modo a concluir que, seguindo essa linha evolutiva, é possível esperar que a concomitante mudança na cultura jurídica nacional propicie o futuro reconhecimento do caráter constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, privilegiando assim o caráter universal e especial desses direitos, necessariamente infensos a modificações que os mitiguem.

PALAVRAS-CHAVE:

Tratados internacionais. Direitos humanos. Controle de convencionalidade. Diálogo das Cortes.

ABSTRACT:

This article addresses the legal status of international human rights treaties in Brazil. To this end, from the analysis of the case concerning the requirement of a degree in journalism for the exercise of the profession, it deals with the relations between international law and the internal legal order, as well as the control of conventionality and the dialogue of the Courts. Thus, it presents a study of the Brazilian jurisprudential evolution in the application of international human rights treaties, from the promulgation of the Federal Constitution of 1988 to the present day, showing progress in the opening of the Brazilian Judiciary to the international system of human rights protection in recent decades. In order to conclude that, following this evolutionary line, it is possible to expect that the concomitant change in the national legal culture will lead to the future recognition of the constitutional character of all international human rights treaties, thus favoring the universal and special character of these rights, necessarily immune to modifications that mitigate them.

KEYWORDS:

International treaties. Human rights. Control of conventionality. Dialogue of Courts.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Exigência de graduação em jornalismo para o exercício da profissão: o caso em análise. 3 Sobre as relações entre o Direito Internacional e a ordem jurídica interna. 4 O estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. 5 Controle de convencionalidade nacional ou interno: definição, sujeitos, meios e efeitos. 6 Diálogo das Cortes. 7 Progressiva utilização pelo STF do controle de convencionalidade em suas decisões, assim como do diálogo das Cortes. 8 O caso italiano. 9 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Após um longo período de ditadura cívico-militar no Brasil, a promulgação da Constituição Federal de 1988 surgiu como marco incontornável da redemocratização do país. Filha do seu tempo, a Constituição privilegiou a defesa dos direitos humanos, positivando-os em extenso rol de direitos e garantias fundamentais e criando instrumentos aptos à sua máxima efetividade; ao lado das previsões expressas, reconheceu os limites do processo de positivação e fez constar em seu corpo cláusula de abertura a outros direitos humanos oriundos de fontes diversas, inclusive internacionais.

No plano interno, o destaque a esses direitos se mostra como uma resposta direta às violações que aconteceram no período de repressão; no plano externo, representa a atenção do país a um movimento global que ganhara força do final da segunda guerra mundial em diante, quando se passou a reconhecer que a pessoa humana carece de um sistema de proteção fundado em seu valor intrínseco, de caráter universal, capaz de resistir a tentativas de violação propugnadas através da legislação positiva de cada Estado ou comunidade historicamente determinada. Portanto, a problemática considerada pela nova Constituição é ao mesmo tempo local e universal.

A abertura constitucional do ordenamento jurídico interno para outras fontes, sobretudo no campo dos direitos humanos, constituiu novidade no Direito brasileiro da qual se esperava ampla repercussão prática, movendo a comunidade jurídica ao estudo dessas interações e inspirando os profissionais em seu mister cotidiano. Todavia, não foi isso o que se verificou; muito embora mantida a previsão no texto constitucional, e não obstante o fato de o Estado brasileiro prosseguir na subscrição de importantes instrumentos internacionais de defesa dos direitos humanos, poucos avanços foram feitos na doutrina, enquanto na jurisprudência apenas esporadicamente surgiram intervenções atentas ao caráter universalista da matéria.

Esse estado de coisas era explicável principalmente pelo fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) – órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro – considerar que os tratados internacionais de direitos humanos ostentavam estatuto de lei ordinária, portanto abaixo da Constituição e iguais ao restante da legislação pátria, facilmente superáveis pela atuação comum do Legislador. Num cenário assim, e dada uma cultura jurídica ainda pouco afeita ao universalismo contemporâneo, pouco incentivo havia à exploração da matéria.

No entanto, mudanças começaram a acontecer nos anos 2000, desencadeando progressos significativos em seu rastro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Três marcos podem ser destacados nessa trajetória.

A decisão em ação civil pública de caráter nacional e ampla repercussão na imprensa – por mim subscrita em 2002 –, afastando previsão legal originária do período da ditadura cívico-militar, segundo a qual o exercício do jornalismo estava condicionado à prévia graduação e registro do profissional em órgão do governo. A par do reconhecimento da inconstitucionalidade da exigência, mostrou-se determinante para a deliberação o fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil, dispõe de forma contrária, garantindo o livre acesso ao jornalismo e, por conseguinte, acesso à liberdade de informação e expressão. Esse entendimento seria depois tornado definitivo pelo STF em 2009.

Na sequência, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual, entre outras inovações, criou a possibilidade de que tratados internacionais de direitos humanos fossem equiparados a emendas constitucionais, passando então a integrar o chamado “bloco de constitucionalidade”. Para além da previsão específica criada, a inovação levou a importante alteração na jurisprudência do STF relativa ao estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos.

Referida alteração foi produzida em 2008, quando o Tribunal, ao julgar o caso do depositário infiel, deixou de considerar os tratados de direitos humanos equivalentes a leis ordinárias, passando a neles reconhecer o caráter supralegal, de tal modo que dali em diante tornou-se viável a todo o Poder Judiciário a realização do controle de convencionalidade entre o Direito interno e os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo país, paralelamente ao controle de constitucionalidade costumeiro.

Nessa evolução jurisprudencial é possível identificar elementos importantes para a compreensão da interação entre o Direito brasileiro e os tratados internacionais de direitos humanos – universalistas por vocação – e acompanhar os progressos da jurisprudência subsequente, além de traçar perspectivas para o futuro, pontuando questões ainda não resolvidas e possibilidades em aberto. Este estudo se desenvolve partindo do caso do diploma em jornalismo, tomado como paradigma para a compreensão do fenômeno jurídico em questão.

2 Exigência de graduação em jornalismo para o exercício da profissão: o caso em análise

No Direito brasileiro, a obrigatoriedade de graduação em jornalismo e registro no Ministério do Trabalho para exercício da profissão constitui um importante caso de aplicação de tratado e jurisprudência internacionais pelo Judiciário nacional a fim de dirimir uma controvérsia interna.

No contexto da ditadura cívico-militar que prevaleceu no Brasil a partir dos anos sessenta, foi editado o Decreto-Lei nº 972, de 17 de outubro de 1969, cujo artigo 4º dispunha que “[o] exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social”, a ser feito mediante a apresentação, entre outros, de “diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada”.

Havia então uma dupla exigência, ambas dependentes da atuação estatal: a de que o jornalista se graduasse em curso sob a supervisão do Ministério da Educação, e a de que, na sequência, se registrasse junto ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

No país, a profissão de jornalista frequentemente foi exercida por especialistas e expoentes de outras áreas do conhecimento, os quais, ao se destacarem nestas, envolviam-se com a mídia e passavam a nela atuar, muitas vezes não só como colaboradores, mas também na condição propriamente dita de jornalistas. Vários profissionais de destaque no setor trilharam esse caminho. Quando do advento da lei restritiva do exercício profissional aos graduados e registrados em órgão governamental, viu-se no ato o cerceamento da liberdade de expressão por parte do governo ditatorial, cujo objetivo seria dificultar a

atuação justamente daqueles profissionais que tiveram caminhos diversos da graduação em jornalismo e que, naquele momento, incomodavam o regime.

Após a redemocratização nos anos oitenta, a legislação permaneceu como herança da ditadura cívico-militar, criando insegurança na atuação da imprensa, pois muitas vezes colaboradores não formados em jornalismo se encontravam numa linha divisória pouco nítida entre a mera colaboração e o jornalismo propriamente dito, ou na prática cruzavam essa linha em função de sua qualidade profissional.

Diante desse cenário, em 2001, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública nº 0025946-51.2001.4.03.6100, junto à Justiça Federal em São Paulo, com o objetivo de ver reconhecida a não recepção da regra de 1969 pela Constituição Federal de 1988, de modo a ser determinado à União abster-se do registro dos diplomados em jornalismo, pela desnecessidade do procedimento, bem como abster-se da fiscalização desse registro, entre outras providências, tudo de forma a tornar prescindível a intervenção estatal prévia em relação àquele que desejasse atuar na imprensa.

A petição ministerial foi baseada em dois fundamentos principais: o de que a regra restritiva não se coadunaria com a liberdade de profissão garantida pelo artigo 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988, tampouco com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Brasil em 1992, que garante a liberdade de pensamento e expressão.

O artigo 5º, XIII, da Constituição Federal, estatui ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. A norma permite ao legislador infraconstitucional estabelecer certas restrições ao exercício profissional no tocante à qualificação, o que não significa, porém, que exigências desarrazoadas sejam admitidas, restando dúvidas, assim, quanto aos limites da razoabilidade.

Por sua vez, o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tratando da liberdade de pensamento e expressão, dispõe que toda pessoa “tem direito à liberdade de pensamento e de expressão”, compreendendo esse direito “a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza”, sem censura prévia ou restrições por meios diretos ou indiretos.

A sentença do Juízo da 16ª Vara Cível Federal de São Paulo, a fim de avaliar os limites permitidos na regulação da atividade de jornalista, levou em consideração outras normas constitucionais cuja observância igualmente se impunha, a saber, a livre manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, da Constituição Federal); a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (artigo 5º, IX, da Constituição Federal); e a impossibilidade de restrição da manifestação de pensamento, criação e informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (artigo 220, *caput*, da Constituição Federal). Concluiu então que não haveria compatibilidade entre a exigência da graduação em jornalismo e a Constituição democrática editada em 1988.

A par disso, o julgamento se pronunciou favorável “ao caráter vinculante da Convenção Americana de Direitos Humanos, em face da sua ratificação pelo Brasil aos 25.09.92”, pelo que considerou aplicável o artigo 13 da referida convenção, reputado incompatível com a exigência de diploma para o exercício do jornalismo.

Contra o pronunciamento de primeira instância, foi interposto recurso de apelação ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região¹. A Corte deu provimento ao recurso, concluindo que as exigências legais para o exercício do jornalismo eram compatíveis com a Constituição Federal. Lê-se na ementa do acórdão que: “[n]ão se pode confundir liberdade de manifestação do pensamento ou de expressão com liberdade de profissão”, podendo a lei ordinária “estabelecer as qualificações profissionais necessárias para o livre exercício de determinada profissão”; nessa esteira, o Decreto-Lei nº 972/1969 teria sido recepcionado pela Constituição, nele não havendo contrariedade à Convenção Americana de Direitos Humanos. O jornalismo estaria entre aquelas profissões cuja relevância e interesse social exigem certa qualificação mínima para o seu exercício, sob pena de prejuízos serem causados.

A discussão, porém, não se encerrou em segunda instância, sendo interposto recurso extraordinário² ao STF, Corte responsável por dar a última palavra na interpretação da Constituição Federal. Ali, foi reformado o julgamento anterior e retomada a linha decisória da sentença recorrida.

O STF pontuou que “[o] jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação”, sendo “a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada”, motivos pelos quais a interpretação da norma constitucional que autoriza ao legislador exigir determinadas qualificações para o exercício profissional deveria ser feita “em conjunto com os preceitos do artigo 5º, incisos IV, IX, XIV, e do artigo 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral”.

Vista a situação dessa forma, a exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo não estaria autorizada pela ordem constitucional, por constituir “uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo artigo 220, § 1º, da Constituição”. Qualquer controle estatal quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista interferiria na liberdade profissional no momento mesmo do início do seu desenvolvimento, configurando, “ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo artigo 5º, inciso IX, da Constituição”.

A par da fundamentação estritamente constitucional da questão sob apreço, o STF, em postura até então pouco comum, levou em conta ao decidir que:

[a] Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No Parecer Consultivo OC 5-85, dado em resposta ao Governo da Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou questão semelhante àquela que chegou ao STF.

¹ BRASIL. TRF3. AC 0025946-51.2001.4.03.6100/SP, Relator Juiz Federal Convocado Manoel Álvares, j. 26/10/2005, DJU 30/11/2005.

² BRASIL. STF. RE 511.961/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/06/2009, DJ 13/11/2009.

O Governo da Costa Rica desejava saber se haveria compatibilidade entre “o registro profissional obrigatório como requisito indispensável para poder exercer a atividade do jornalista em geral e, em especial, do repórter”, de um lado, e os artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de outro.

Em sua análise, a Corte considerou que: “a Convenção proclama que a liberdade de pensamento e de expressão compreende o direito a difundir informações e ideias ‘por qualquer [...] processo’”, no que consignaria “que a expressão e a difusão do pensamento e da informação são indivisíveis, de modo que uma restrição das possibilidades de divulgação representa diretamente, e na mesma medida, um limite ao direito de se expressar livremente”.

Nesse sentido, a exigência de registro profissional para o exercício do jornalismo limitaria,

[...] de modo permanente, em prejuízo dos não colegiados, o direito de fazer uso pleno das faculdades reconhecidas a todo ser humano no artigo 13 da Convenção, o que infringe princípios primários da ordem pública democrática sobre os quais ela mesma se fundamenta.

Logo, restringir que qualquer cidadão se valha dos meios comumente à disposição dos jornalistas para se expressar, condicionando esses meios ao registro profissional ou à qualificação do tipo universitário, implicaria cerceamento ao próprio direito de expressão.

3 Sobre as relações entre o Direito Internacional e a ordem jurídica interna

Tanto na doutrina quanto na prática cotidiana, não é tranquila a questão da relação entre o Direito internacional e a ordem jurídica interna. O debate se estrutura através de duas correntes principais – a dualista e a monista.

Segundo Francisco Rezek (2018, p. 28), para a teoria dualista, o Direito internacional e o Direito interno constituem esferas distintas, de modo que a validade jurídica de uma norma interna não depende de sua compatibilidade com a ordem internacional; por seu turno, a teoria monista pressupõe uma integração entre ordem jurídica interna e Direito internacional, na qual geralmente as normas internas devem ser compatíveis com as normas internacionais, que detêm primazia.

Explicita Fabiano Távora (2016, p. 31) que o dualismo pode ser radical ou moderado: radical quando pressupõe que a norma internacional necessita de uma norma interna para ter efeitos nesse âmbito; moderado quando pressupõe que a norma internacional deve ser analisada pelo Poder Legislativo e referendada pelo Chefe do Executivo. De sua parte, o monismo pode ser internacionalista, quando pressupõe a primazia do Direito internacional sobre o Direito interno; e nacionalista, quando pressupõe a supremacia do Direito interno sobre o Direito internacional.

Em artigo que escrevi sobre o tema, assinalo a existência de importantes diferenças entre as soluções encontradas por ambas as teorias quando do conflito entre Direito internacional e ordem jurídica interna. A teoria dualista requer que a

norma internacional seja transformada em norma de Direito interno para vigor; sendo assim, e admitindo-se que norma incorporada e norma interna originária se encontram no mesmo nível hierárquico, a lei posterior revoga a lei anterior, de tal maneira que haverá casos em que prevalecerá norma interna contrária aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado perante a comunidade global. Por sua vez, a teoria monista, ao pressupor uma hierarquia, resultará na prevalência da norma de hierarquia superior sobre a norma de hierarquia inferior; se a norma interna ou a norma internacional, dependerá da orientação local adotada (RISTER, 1999, p. 5).

Hildebrando Accioly e outros (2021, p. 82) recordam que, em 2009, o Brasil ratificou a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, cujo artigo 27 preconiza que “[u]ma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, com o que sinalizaria para uma adesão à teoria monista, já que doravante passa a haver uma necessidade de compatibilidade da ordem jurídica interna a um Direito internacional que pretende deter a primazia.

A Constituição Federal de 1988 não disciplina expressamente as relações entre a ordem internacional e a ordem jurídica interna; por isso há oscilações na adesão a uma ou outra teoria. De acordo com o já citado Fabiano Távora (2016, p. 31), é possível identificar no STF uma alternância entre tendências monistas internacionalistas e monistas nacionalistas.

Entretanto, como será adiante exposto, é certo que, quanto aos direitos humanos, adota-se um regime à parte na disciplina das relações entre ordens jurídicas externa e interna, porquanto ambas coincidem em ter como objetivo a proteção da pessoa humana; o que deve prevalecer, por consequência, é a norma mais favorável à vítima (RISTER, 1999, p. 5-6).

4 O estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil

A síntese da discussão jurídica que levou ao reconhecimento da inexigibilidade da graduação em jornalismo como condição prévia ao exercício da profissão faz perceber que duas fontes principais foram invocadas: os direitos fundamentais previstos na Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Uma vez que, no Brasil, a ordem jurídica interna encontra seu fundamento de validade nas normas constitucionais, importa verificar o estatuto dos tratados de direitos humanos dentro dela, a fim de assim apurar sua validade e eficácia em contraste tanto com as normas inseridas na Constituição quanto com a legislação infraconstitucional.

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 proclama que “[t]odos 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”, e na sequência elenca extenso rol de direitos e garantias fundamentais, entre os quais se encontram os antes citados direitos à livre manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, da Constituição Federal), à liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (artigo 5º, IX, da

Constituição Federal), e à liberdade de profissão (artigo 5º, XIII, da Constituição Federal). Como o próprio dispositivo enuncia (artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal), o rol não é exaustivo.

De acordo com o artigo 60, § 4º, IV, da mesma Constituição, não serão objeto de deliberação as emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais; essa norma estatui as assim chamadas “cláusulas pétreas”, princípios e regras que não poderão ser modificados nem mesmo pelo poder constituinte revisor ou reformador. Dado que, no Brasil, a ordem jurídica interna é estruturada de modo a possibilitar um controle de constitucionalidade, e que as cláusulas pétreas são infensas a qualquer alteração, tem-se que os direitos e garantias fundamentais servem de parâmetro de aferição tanto da compatibilidade da legislação infraconstitucional com a Constituição, quanto da compatibilidade entre eventuais emendas e o texto perene da Constituição. É preciso, portanto, ter em vista essa dinâmica básica a fim de examinar de maneira mais clara o estatuto jurídico dos tratados internacionais de direitos humanos dentro da ordem jurídica brasileira.

As normas contidas em tratados internacionais de direitos humanos coincidentes com os direitos e garantias fundamentais explicitamente trazidos pela Constituição não apresentam maiores dificuldades. As dificuldades existem naqueles pontos em que os tratados são mais protetivos ou dispõem de maneira diferente da Constituição.

Historicamente, a integração dos tratados internacionais sobre direitos humanos à ordem jurídica brasileira vem passando por diferentes abordagens desde a edição da Constituição Federal em 1988.

A redação original do mencionado artigo 5º era complementada pelos parágrafos 1º e 2º: aquele dispozo que as normas sobre direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; este, no sentido de que os direitos e garantias expressamente consagrados pela 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”, no que constituía uma verdadeira cláusula de abertura do texto da Constituição.

Por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foram incluídos os parágrafos 3º e 4º, preconizando, respectivamente, que os tratados internacionais de direitos humanos seriam equivalentes às emendas constitucionais, desde que submetidos ao mesmo rito de aprovação, e que o Brasil se submeteria à jurisprudência de Tribunal Penal Internacional a cuja criação aderisse.

Parcela considerável da doutrina sempre entendeu que, desde a promulgação do texto constitucional, direitos humanos previstos em tratados internacionais a que o país aderisse teriam o mesmo estatuto das normas constitucionais, independentemente de rito especial de aprovação. Essa condição decorreria da cláusula de abertura prevista no parágrafo segundo, bem como, e principalmente, em decorrência da natureza dos direitos fundamentais, seu caráter universal e historicidade, que os impediriam de ser considerados hierarquicamente inferiores aos direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição, ou mesmo revogáveis pela legislação infraconstitucional superveniente.

O STF, contudo, não adotava essa interpretação, antes considerando que os tratados – mesmo os de direitos humanos – equiparavam-se à lei ordinária.

Para Flávia Piovesan (2018, p. 73-75), a interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional levaria à conclusão de que os tratados internacionais de direitos humanos ostentam estatuto jurídico constitucional. Seria assim, entre outros motivos, porque a própria Constituição prevê cláusula de abertura a essas normas externas; porque a dignidade humana e os direitos fundamentais constituem valores que orientam o fenômeno constitucional; e porque deve ser observado o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, de resto consideradas materialmente constitucionais.

Na mesma linha caminha Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 69), para quem o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, ao estabelecer que os direitos e garantias nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais “em que a República Federativa do Brasil seja parte”, preconizaria ele próprio que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” na ordem jurídica interna, como se estivessem escritos na Constituição.

A posição inicial do STF é bem sintetizada por André de Carvalho Ramos (2022, p. 307). Tendo em vista que a Constituição de 1988 não contém um capítulo específico para disciplinar as relações entre o Direito interno e o Direito internacional, é preciso extrair uma interpretação nesse sentido a partir dos dispositivos que tangenciam o tema. A Corte constitucional então formou seu entendimento partindo das seguintes constatações: o artigo 102, III, “b”, da Constituição Federal diz caber recurso extraordinário no caso de decisão que considera inconstitucional “lei ou tratado”; o artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal, por sua vez, diz caber recurso especial contra decisão que viole ou negue vigência a “lei ou tratado”; ao passo que o artigo 47 da Constituição Federal prevê que a maioria simples é o quórum de aprovação tanto da lei ordinária federal quanto do decreto legislativo – que é o diploma por meio do qual o Poder Legislativo aprova um tratado internacional subscrito pelo Poder Executivo. Desse modo, para o STF, se a Constituição equipara os tratados às leis ordinárias em três ocasiões, é porque ambos ocupam a mesma posição hierárquica³.

Conforme a posição a princípio consagrada pelo STF, seria possível o controle de constitucionalidade, formal e material, entre tratados e Constituição, assim como conflitos entre tratados e leis ordinárias, passíveis de solução pelos critérios da cronologia e especialidade; logo, no interior da ordem jurídica brasileira, em tese, seria possível que uma norma de tratado internacional de direitos humanos fosse revogada por lei ordinária superveniente.

Segundo essa lógica, o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos – referido como razão de decidir quando do julgamento do caso do diploma de jornalismo – seria norma com hierarquia idêntica à de uma lei ordinária, reputada compatível com a Constituição e aplicável às situações concretas em razão de o Decreto-Lei nº 972/1969, com o qual conflitava, ser anterior ao decreto que a incorporou ao ordenamento jurídico interno em 1992.

A inclusão do parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal, porém, promoveu alterações significativas nesse entendimento, por um lado esclarecendo o estatuto jurídico de alguns tratados de direitos humanos, por outro aumentando

³ BRASIL. STF. ADIn MC 1.480/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04/09/1997, DJ 18/05/2001.

as dúvidas existentes em relação aos tratados restantes. A partir de então, tratados de direitos humanos integrados à ordem jurídica brasileira mediante a observância do rito para aprovação de emendas constitucionais a elas estariam equiparados, formando o assim chamado bloco de constitucionalidade e servindo como parâmetro para o controle da legislação inferior com a lei maior. Restou sem expresse esclarecimento, no entanto, o problema do estatuto jurídico dos tratados aprovados anteriormente à emenda constitucional, e depois, contudo sem a observância do rito mais dificultoso das emendas.

Um marco importante para a evolução desse debate foi a formação da jurisprudência em torno da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, a qual culminou com o julgamento definitivo do STF⁴. A relação do tema com os tratados de direitos humanos se dá na medida em que a Constituição brasileira e a legislação ordinária, respectivamente, autorizavam e previam esse tipo de prisão, ao passo que a Convenção Americana de Direitos Humanos, integrada ao ordenamento jurídico brasileiro antes de 2004, vedava essa possibilidade.

Consoante o disposto pelo artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. No nível infraconstitucional, essa autorização era concretizada normativamente pelo artigo 1287, do Código Civil de 1916, e pelo Decreto-Lei nº 911/1969, vigentes à época da ratificação da Convenção em 1992; em 2002, semelhante norma foi inscrita no artigo 652 do novo Código Civil. Já o artigo 7º, parágrafo 7º, da Convenção, dispõe que “[n]inguém deve ser detido por dívida”, a não ser em caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

Seguindo a linha interpretativa até então consagrada pelo Tribunal Constitucional, a Convenção Americana de Direitos Humanos deveria ser tomada como lei ordinária, de modo que, se a Constituição autorizava a prisão do depositário infiel, e a legislação ordinária, por seu turno, tanto anterior quanto posterior, previa expressamente a hipótese, terminaria afastada a aplicação da Convenção, não obstante esta ser mais protetiva.

Todavia, o STF – não sem manter seu distanciamento da interpretação equiparadora de tratados de direitos humanos à Constituição –, alterou significativamente seu posicionamento anterior, passando a considerar que os tratados de direitos humanos não equiparados às emendas constitucionais mediante aprovação especial, ostentariam caráter supralegal, ou seja, estariam acima da legislação infraconstitucional, porém abaixo do texto constitucional. Essa saída permitiu que a Convenção Americana de Direitos Humanos fosse aplicada à ordem interna para afastar a prisão do depositário infiel, na medida em que, diante da autorização constitucional dessa possibilidade, realizaria a escolha de não a efetivar, impedindo assim que a legislação infraconstitucional produzisse seus efeitos.

Antonio Moreira Maués (2013, p. 218-219) identifica na decisão do STF três razões principais para a não equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos à Constituição: (01) supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, garantidora, inclusive, da possibilidade de controle de constitucionalidade dos diplomas internacionais; (02) utilização inadequada do conceito de “direitos humanos” para produzir normas infensas ao exame de

⁴ BRASIL. STF. RE 466.343/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009.

compatibilidade com a ordem constitucional; e (03) percepção de que a introdução do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição atestava que os tratados ratificados anteriormente não podiam ser equiparados à Constituição.

Por seu turno, Daniel Sarmento (2016, p. 315-317) considera bem-vindo o posicionamento adotado. A seu ver, apesar de a princípio parecer positivo que todos os tratados internacionais de direitos humanos fossem considerados integrantes do bloco de constitucionalidade, isso promoveria uma indevida inflação constitucional, em que dezenas – e talvez centenas – de tratados internacionais assinados ao longo dos anos passariam a ostentar estatuto constitucional, criando grande instabilidade jurídica, inclusive discussões sobre a natureza constitucional daqueles tratados cujas disposições não fossem tão claramente de direitos humanos. Para ele, o estatuto de supralegalidade, propiciador do controle de convencionalidade, e a presença de cláusulas de abertura na Constituição, como o princípio da dignidade da pessoa humana, seriam suficientes para manter a ordem jurídica interna a par dos entendimentos mais recentes e abalizados em matéria de direitos humanos.

O Ministro Gilmar Mendes, no voto que conduziu o julgamento, ao discorrer acerca do debate existente em torno do estatuto dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito brasileiro, após pontuar que a Emenda Constitucional nº 45 seria uma eloquente declaração de que os tratados aprovados até o seu advento não teriam estatura constitucional, acrescentou não ser possível negar “que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico”. Nessa linha de raciocínio, ponderou que, nos últimos anos, no Direito comparado, cresceu a integração entre sistemas jurídicos visando a uma maior proteção aos direitos humanos, de tal forma que, nesse contexto, seria difícil defender que os tratados de direitos humanos se igualem em hierarquia às leis ordinárias, ainda mais quando se considera que a Constituição brasileira demonstra privilegiá-los. Por isso defendeu – e foi acompanhado por seus pares – a supralegalidade desses tratados, a qual garantiria, a um só tempo, a supremacia da Constituição e a valorização dos instrumentos internacionais. O ministro falou em efeito paralisante da eficácia jurídica da legislação infraconstitucional que conflitasse com o tratado.

O que o Tribunal fez foi, além de consagrar o estatuto supralegal dos tratados, possibilitar que doravante fosse realizado um controle de convencionalidade entre a legislação infraconstitucional e esses diplomas, o que até então não existia, pois eventuais conflitos eram resolvidos como conflitos entre normas de idêntica hierarquia.

Segundo essa nova lógica – autêntico “*overruling*” da Corte brasileira –, o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos – vinculado ao caso do diploma em jornalismo – seria norma de hierarquia superior à de uma lei ordinária, produzindo assim efeito paralisante sobre a eficácia do Decreto-Lei nº 972/1969, com o qual conflitava, na medida em que lhe é posterior. No caso concreto, a referência à Convenção serviu apenas como reforço de uma argumentação que se baseava no controle de constitucionalidade; contudo, se não houvesse esse parâmetro constitucional, seria também possível a solução do conflito pela via do controle de convencionalidade.

5 Controle de convencionalidade nacional ou interno: definição, sujeitos, meios e efeitos

No momento mesmo em que os tratados internacionais de direitos humanos têm seu caráter supralegal reconhecido, abre-se a possibilidade de que a legislação situada em nível hierárquico inferior seja a eles comparada em exame de compatibilidade, semelhantemente ao que é feito em relação à Constituição Federal. O controle de convencionalidade nacional ou interno (doravante apenas controle de convencionalidade) surge assim como o exame da compatibilidade entre a legislação infraconstitucional brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos integrados à ordem jurídica interna, feito pelo Poder Judiciário do país. Essa legislação passa não só a ter que respeitar os ditames constitucionais, como também aqueles inseridos nos tratados.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 30) pontua que o controle de convencionalidade é “a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado”, no que ressalta que o sistema de proteção dos direitos humanos visa à máxima efetividade, de modo que não faz sentido a prevalência de um tratado naquelas hipóteses em que a ordem jurídica interna se mostra mais benéfica à pessoa humana. O mesmo autor, já em estudo anterior, reservava o conceito de “controle de convencionalidade” ao exame da compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e os tratados de direitos humanos, considerando estes materialmente (artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal) ou formal e materialmente (artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal) constitucionais; a compatibilidade entre as normas infraconstitucionais e as normas dos tratados que não sejam de direitos humanos, tidas como supralegais, constituiria mero controle de legalidade (MAZZUOLI, 2009, p. 137). Essa linha se afasta do entendimento adotado pelo STF, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos, em regra, teriam estatuto supralegal no Brasil.

Flávia Piovesan (2018, p. 659) identifica no julgamento do caso do depositário infiel pelo STF a introdução no Brasil do controle de convencionalidade das leis, consistente na interpretação de normas jurídicas internas tendo em vista não apenas os parâmetros constitucionais, como também os parâmetros protetivos internacionais dos direitos humanos, entendidos estes como tratados e jurisprudência internacionais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 53-54) também identifica no julgamento do caso do depositário infiel uma atitude pioneira no controle de convencionalidade das leis no Brasil. A seu ver, os tratados de direitos humanos aprovados segundo o rito das emendas constitucionais se prestam tanto ao controle de convencionalidade quanto ao controle de constitucionalidade das normas inferiores, servindo o caráter constitucional à facilitação do processamento do controle, já que existem diversos instrumentos jurídicos que lhe são exclusivos, por exemplo a Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o STF. Por sua vez, os tratados de direitos humanos não submetidos àquele rito ainda assim serviriam ao controle meramente convencional das normas inferiores.

Por seu turno, André de Carvalho Ramos (2022, p. 319) avança no detalhamento do que seja o controle de convencionalidade; para o autor, este é o exame da compatibilidade dos atos internos, comissivos ou omissivos, em

contraste com as normas internacionais em sentido amplo, o que abrange tratados, costumes internacionais, princípios gerais de Direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes de organizações internacionais. Seguindo essa lógica, o controle poderá ter efeitos negativo e positivo: negativo quando houver a invalidação das normas e decisões nacionais contrárias às normas internacionais; e positivo quando as normas nacionais forem interpretadas de conformidade às normas internacionais.

Faz-se referência ao “controle de convencionalidade nacional” ou “interno”, em contraposição àquele de matriz internacional. Segundo André de Carvalho Ramos (2022, p. 319), o controle de convencionalidade de matriz internacional é comumente atribuído a órgãos internacionais criados por tratados internacionais, os quais evitam que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, fiscais e fiscalizados.

As oscilações na definição do que seja o controle de convencionalidade interno no Brasil decorrem principalmente da defesa que a doutrina faz de que todos os tratados internacionais de direitos humanos teriam estatuto constitucional, integrando o assim chamado “bloco de constitucionalidade”. Na prática, o STF – responsável pela última palavra na interpretação e aplicação da ordem jurídica interna – não admite essa extensão indiscriminada do caráter constitucional, antes distinguindo entre tratados aprovados como emendas constitucionais e, portanto, integrantes do bloco de constitucionalidade, e demais tratados de direitos humanos, considerados supralegais. De um modo ou de outro, e na medida em que a supralegalidade implica superioridade hierárquica frente à legislação infraconstitucional, é possível dizer que, independentemente do seu caráter constitucional essencial ou acidental, todos os tratados internacionais de direitos humanos hoje se prestam ao controle de convencionalidade no Brasil.

É inegável que o julgamento do caso do depositário infiel constitui típico exemplo de controle de convencionalidade, pois a aplicação de normas infraconstitucionais foi afastada por força de dispositivo convencional sob certos aspectos até divergente da própria Constituição. Já no que se refere ao caso que aqui vem sendo utilizado como base de análise, qual seja o do diploma em jornalismo, apesar de não ter ocorrido concretamente o controle de convencionalidade, uma vez que foi dada preferência ao controle constitucional, aquele também seria possível.

A exigência de graduação em jornalismo como condição de exercício da profissão tinha fundamento em legislação infraconstitucional datada de 1969; por sua vez, o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos – tratado internacional de direitos humanos promulgado no Brasil em 1992 –, era o dispositivo convencional que dispunha em sentido oposto. Sendo assim, seria possível examinar a compatibilidade entre esta norma superior e aquela norma inferior, o que resultaria em seu afastamento. Em prol da exatidão, é preciso salientar que a averiguação da incompatibilidade não seria automática, na medida em que o mencionado artigo 13 contém certo grau de imprecisão, a permitir ao intérprete conclusão em sentido diverso; para a averiguação resultaria decisivo o Parecer Consultivo OC 5-85, proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual, em exercício interpretativo da norma, chegou à conclusão específica de que eventual restrição de acesso ao jornalismo prejudicaria o direito amplo das pessoas à expressão e à informação. Dito de outro modo, o controle de convencionalidade neste caso seria efetivado conjugando a norma positivada na

Convenção com a interpretação que lhe foi dada pela Corte responsável por sua aplicação no plano internacional. Cuida-se, então, de normas internacionais em sentido amplo, como referido acima por André de Carvalho Ramos.

O mesmo caso da graduação em jornalismo também permite identificar os sujeitos e meios aptos a exercer o controle de convencionalidade no Brasil. Para tanto, importa primeiramente fazer um breve excuro pelo controle de constitucionalidade.

No país, o Poder Judiciário exerce o controle de constitucionalidade de forma difusa, através dos magistrados integrantes de todas as instâncias, cabendo a palavra final ao STF; na mesma Corte, desenvolve-se o controle concentrado de constitucionalidade, o qual prescinde de casos concretos que o motivem, voltando-se antes ao ato normativo impugnado de forma objetiva e abstrata. Paralelamente, eventuais conflitos entre leis infraconstitucionais, além de serem resolvidos pelos magistrados de todas as instâncias, são resolvidos de forma definitiva pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Aproximando os dois institutos, Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 150 e 157) sustenta que, assim como ocorre com o controle difuso ou incidental de constitucionalidade, no controle difuso de convencionalidade devem os juízes e tribunais locais compatibilizar a legislação interna com o conteúdo dos tratados de direitos humanos em vigor quando da apreciação de casos concretos. Avançando com o seu raciocínio, o autor defende que, das decisões em controle de convencionalidade das instâncias inferiores, caberá recurso extraordinário ao STF (artigo 102, III, "a", da Constituição Federal). A Constituição destina o recurso extraordinário à impugnação de decisões que contrariem seus dispositivos. Mazzuoli estende a abrangência do recurso às decisões que contrariem dispositivos de tratados internacionais de direitos humanos porque entende que todos eles integram o bloco de constitucionalidade, o que vai de encontro ao entendimento consagrado pelo STF.

Muito embora reconheça que a não aceitação pelo STF do estatuto constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos cria dificuldades na aplicação destes, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 56) assevera que a reconhecida hierarquia supralegal é suficiente para superar a legislação infraconstitucional naquilo que contrariar tratado internacional de direitos humanos, pelo que constitui o exame de compatibilidade um poder-dever cometido à integralidade do Poder Judiciário.

Quanto ao controle concentrado de convencionalidade, o mesmo Mazzuoli (2018, p. 161) aduz ser possível a utilização dos instrumentos destinados ao controle concentrado de constitucionalidade, contanto que se trate de tratados internacionais de direitos humanos aprovados através do rito das emendas constitucionais; isto porque o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, ao prever que estes "serão equivalentes às emendas constitucionais", "por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional".

Vê-se, portanto, ser possível o controle amplo de convencionalidade pelos membros do Poder Judiciário brasileiro, sendo restrita a hipótese de cabimento somente nos casos de controle concentrado, o qual, vale dizer, por si só já constitui um instrumento extraordinário no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, com

hipóteses estritas de cabimento e poucos legitimados definidos em sede constitucional.

No caso do diploma em jornalismo, houve uma aproximação do controle difuso de convencionalidade, na medida em que o Juízo de primeiro grau, a Corte de apelação e o STF se pronunciaram sobre a compatibilidade da legislação interna com tratado internacional de direitos humanos, ainda que ao final tenham optado pelo julgamento do caso pela via do tradicional controle de constitucionalidade. A questão convencional foi conhecida pelo STF em sede de recurso extraordinário. A mesma dinâmica pode ser observada no caso do depositário infiel, com a diferença de que nele houve o efetivo exercício do controle convencional.

A título exemplificativo, vale mencionar o caso do Recurso Especial nº 1.640.084/SP, em que o STJ, em sede de controle difuso, declaradamente exerceu um controle de convencionalidade, além do necessário diálogo entre Cortes. Examinando a possibilidade de condenação criminal pelo crime de desacato, a Corte entendeu, com base no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito do tema, que a tipificação penal brasileira não é compatível com a norma convencional garantidora da liberdade de expressão, pelo que acabou afastando a condenação⁵.

Uma vez que o fenômeno do controle de convencionalidade constitui uma experiência relativamente recente no universo jurídico brasileiro, existe certa imprecisão quanto aos seus efeitos. A proximidade entre os institutos aconselha que primeiramente sejam examinados os efeitos do controle de constitucionalidade típico.

Explica Luís Roberto Barroso (2019, p. 37-40, 51 e 108-109) que, no Brasil, é adotada a teoria da nulidade da legislação inconstitucional, segundo a qual é inválida a norma editada em contrariedade à lei maior; assim, quando do reconhecimento da inconstitucionalidade, produz-se um ato declaratório – em vez de constitutivo –, com efeitos retroativos que desconstituem todas as relações estabelecidas com base na legislação inconstitucional. Em caso de legislação preexistente à Constituição ou a emenda constitucional, a incompatibilidade, se material, resolve-se pelo fenômeno da não recepção, mediante o qual a legislação inconstitucional é revogada. Uma hipótese também muito verificada é a da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade: é reconhecida a incompatibilidade de uma norma com a Constituição, entretanto, são mantidos os seus efeitos, prospectivamente, durante certo período, a fim de preservar situações irreversíveis e garantir a segurança jurídica em situações específicas. Em todos esses casos, naturalmente, os efeitos produzidos são *erga omnes*. Registre-se que existem outras hipóteses (e efeitos) do enfrentamento do fenômeno da inconstitucionalidade, porém, menos utilizadas e dispensáveis para os fins do presente estudo.

Quanto ao controle difuso de convencionalidade, não parece haver maiores problemas: tal como em sua contraparte constitucional, ao afastar a incidência de determinada norma sobre o caso concreto, o pronunciamento judicial produz efeitos tão somente em relação aos litigantes, nada afetando a norma impugnada – abstratamente considerada –, nos planos da existência, validade e eficácia.

⁵ BRASIL. STJ. REsp 1.640.084/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j. 15/12/2016, DJe 01/02/2017.

Maior complexidade reside no controle concentrado de convencionalidade.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2018, p. 116-134) defende que as normas integrantes do ordenamento jurídico, para produzirem regularmente os efeitos a que se destinam, precisam estar “vigentes”, bem como serem “válidas” e “eficazes”. “Vigente” é aquela norma formalmente produzida segundo as normas estabelecidas para tanto, ou seja, aprovada pelo Poder Legislativo e promulgada pelo Poder Executivo, havendo identidade entre “vigência” e “existência”. “Válida” é aquela norma materialmente compatível com a Constituição. E “eficaz”, a norma que concretamente se mostra apta a produzir efeitos. Partindo desses conceitos, o autor propugna que, quando lei anterior conflita com tratado internacional de direitos humanos (seja com estatuto supralegal, seja com estatuto de norma constitucional), ratificado pelo Brasil e já em vigor, ela é revogada imediatamente (uma vez que o tratado lhe é posterior, para além de superior); ao passo que, quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (ainda que compatível com a Constituição), ela é inválida (posto que vigente) e, conseqüentemente, ineficaz. É possível extrair do entendimento de Mazzuoli uma transposição da dinâmica existente em torno do fenômeno da inconstitucionalidade àquele da inconvenção.

De sua parte, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 58) concorda com o fato de que eventual incompatibilidade entre a normativa interna superveniente e tratados internacionais de direitos humanos em geral implica a declaração da invalidade daquela e sua conseqüente inaplicabilidade. Todavia, discorda do que comumente é dito a respeito da legislação incompatível que precede o tratado no tempo, defendendo que também nesses casos ocorre o fenômeno da invalidade.

Analisando especificamente o caso do depositário infiel, Beclate Oliveira Silva (2016, p. 81) se aproxima da posição de Mazzuoli, afirmando que “[o] tratado de San José da Costa Rica, admitido como supralegal, revogou as previsões que complementavam a regra constitucional da prisão civil do depositário infiel, dando-lhe eficácia imediata e direta”.

Por ocasião do julgamento desse caso, o voto condutor assim se pronunciou a respeito dos efeitos do controle de convencionalidade. Sobre as normas anteriores ao tratado internacional de direitos humanos: “[...] a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel [...] deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria [...]”. Sobre as normas posteriores: “[t]endo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada”. Tanto num caso como no outro, o STF fez referência aos “efeitos paralisantes” dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a legislação infraconstitucional que lhes seja incompatível; muito embora isso baste para resolver problemas práticos de incidência concreta ou não de determinada norma sobre uma base fática, do ponto de vista doutrinário, não esclarece se existe identidade, quanto aos efeitos, entre os fenômenos da inconstitucionalidade e da inconvenção.

Isto posto, é possível concluir que ainda está em aberto a questão relativa aos efeitos do controle concentrado de convencionalidade, o que, no entanto, não chega a impedir que o controle seja feito, tendo em vista a utilidade prática da expressão adotada pelo STF – “efeitos paralisantes”.

Para retomar o caso do diploma em jornalismo, sempre utilizado aqui como referência para o estudo da aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, é possível afirmar que, se seguida a teoria da nulidade utilizada no controle de constitucionalidade, poderia se afirmar que houve o fenômeno da não recepção da legislação de 1969 pela Convenção de 1992, de modo que aquela restou revogada.

6 Diálogo das Cortes

Vale observar que a referência a tratados internacionais e a adoção de posições interpretativas assumidas pelas Cortes internacionais nem sempre redundam em controle de convencionalidade. No caso do diploma em jornalismo, por exemplo, o STF não declarou a impossibilidade de exigência do diploma com base na Convenção Americana de Direitos Humanos; o que fez foi reconhecer a inconstitucionalidade da exigência, reforçando sua fundamentação com a fundamentação adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quando da interpretação do dispositivo específico do tratado internacional. Houve assim o chamado “diálogo de Cortes”, mas não propriamente o controle de convencionalidade.

Ao decidir, o STF, em postura até então pouco comum, levou em conta que:

[a] Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

No Parecer Consultivo OC 5-85, dado em resposta ao Governo da Costa Rica, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou questão semelhante àquela que chegou ao STF. O Governo da Costa Rica desejava saber se haveria compatibilidade entre “o registro profissional obrigatório como requisito indispensável para poder exercer a atividade do jornalista em geral e, em especial, do repórter”, de um lado, e os artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Quando o STF, decidindo uma questão interna de compatibilidade entre um Decreto-lei de 1969 e a Constituição brasileira de 1988, traz para as razões de sua deliberação o que entendeu uma Corte internacional a respeito do mesmo tema, o que faz é promover um diálogo entre Cortes, no qual a ordem jurídica interna se abre à força persuasiva de decisões e pareceres produzidos por outras instâncias, seja em países estrangeiros, seja em Cortes internacionais.

No caso específico do diploma em jornalismo, o diálogo entre Cortes foi promovido não só quando o STF se referiu ao entendimento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; ele também aconteceu por iniciativa do próprio colegiado regional, uma vez que, quando da emissão do seu parecer, valeu-se de entendimentos de outras Cortes.

Com efeito, no Parecer Consultivo OC 5-85, a princípio foi feita comparação do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos com o artigo 10 da Convenção (Europeia) para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assim como com o artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos

Civis e Políticos, ambos de semelhante conteúdo. Na sequência, o colegiado trouxe ao debate a interpretação conferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao referido artigo 10, para depois concluir que:

[a] comparação feita entre o artigo 13 e as disposições relevantes da Convenção Europeia (artigo 10) e do Pacto (artigo 19) demonstra claramente que as garantias da liberdade de expressão incluídas na Convenção Americana foram elaboradas para serem as mais generosas e para reduzir ao mínimo as restrições à livre circulação das ideias.

Mais adiante, foi feita referência a manifestação da Comissão Europeia de Direitos Humanos.

André de Carvalho Ramos (2022, p. 321) explica o diálogo das Cortes pela necessidade de harmonização entre o controle de convencionalidade exercido em âmbito interno – pelos juízes e tribunais nacionais ao aplicarem tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte –, e o controle de convencionalidade exercido pelas Cortes e comissões especialmente criadas para tanto, a cuja jurisdição o país se submete. Não é salutar que um mesmo instrumento jurídico – o tratado – conduza a deliberações conflitantes, o que, ao fim e ao cabo, pode resultar em condenação do país pelo colegiado internacional.

Segundo o autor, uma decisão judicial nacional que promove o diálogo das Cortes é caracterizada por quatro características: (01) menção à existência de dispositivos internacionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema; (02) menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e suas consequências; (03) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos; e (04) peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional (RAMOS, 2022, p. 322).

Flávia Piovesan (2018, p. 136), por sua vez, fala na existência de um “diálogo jurisdicional”, e para isso toma como base de análise o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Segundo ela, esse diálogo é promovido através de quatro vertentes: (01) diálogo com o sistema global, notadamente aquele estruturado em torno da Organização das Nações Unidas; (02) diálogo com sistemas regionais, em especial com o sistema europeu; (03) diálogo com os sistemas nacionais, isto é, entre o controle de convencionalidade internacional e o controle de convencionalidade interno; e (04) diálogo com a sociedade civil, a fim de reforçar a legitimidade social do sistema.

Marcelo Neves (2014, p. 211) se vale do conceito de “transconstitucionalismo” para abordar o fenômeno do diálogo entre ordens jurídicas. Em suas palavras, as transformações por que passa a sociedade contemporânea fizeram com que o Estado deixasse de ser o local privilegiado de solução dos problemas constitucionais, entendidos estes como problemas concernentes aos direitos fundamentais ou humanos e à organização do poder; ocorre uma desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que assim se emancipam do Estado. Nesse novo cenário, as ordens jurídicas se entrelaçam na solução de problemas que lhes são concomitantes, buscando formas transversais de articulação para a solução, cada uma observando a outra a fim de compreender seus limites.

Percebe-se que a interação entre ordens jurídicas decorre da identidade existente entre questões relevantes em direitos humanos, tema desde sempre vocacionado ao universalismo, assim como das vinculações formais existentes entre sistemas, por exemplo a subscrição pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos e sua sujeição à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a exigir harmonia entre o controle de convencionalidade interno e o controle de convencionalidade regional. Dito de outro modo, é possível identificar um diálogo entre Cortes que é movido, de um lado, pela força persuasiva das razões adotadas na deliberação, por instâncias diversas, sobre problemas comuns; e de outro, pela vinculação entre sistemas em que a desarmonia entre deliberações sobre um mesmo tema pode acarretar algum tipo de sanção.

No caso do diploma em jornalismo, à primeira vista, é possível dizer que houve um diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos movido pela força persuasiva das razões por esta adotadas no Parecer Consultivo OC 5-85. Todavia, quando se considera que o Brasil se sujeita à jurisdição da Corte regional, é possível identificar um diálogo do segundo tipo. De um modo ou de outro, o que se tem é a necessidade de progressiva compatibilização do entendimento do que sejam os direitos humanos em cada situação concreta, haja vista que, ao fim e ao cabo, todos se baseiam na dignidade da pessoa humana, valor inescapavelmente universal.

Antônio Moreira Maués (2013, p. 227-228), inclusive, relativiza a não aceitação do caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos por parte do STF com base no fato de que, na prática, a Corte a compensa ao se valer da jurisprudência da Corte Interamericana para interpretar os dispositivos constitucionais, independentemente do estatuto supralegal dos dispositivos interpretados pela Corte regional. Dessa forma, uma vez que o Estado brasileiro subscreve um tratado internacional de direitos humanos, o STF passa a dispor de novos princípios e referenciais para definir o conteúdo das normas constitucionais existentes, o que resulta, ao final, na compatibilidade entre a Constituição aplicada e as obrigações internacionais assumidas, além da garantia de que o país não descumprirá seus compromissos junto à comunidade internacional.

7 Progressiva utilização pelo STF do controle de convencionalidade em suas decisões, assim como do diálogo das Cortes

Apesar da cláusula de abertura aos tratados internacionais de direitos humanos desde a edição da Constituição Federal em 1988, sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro por muito tempo se mostrou tímida. Essa ausência se fez notar não só mediante a não aplicação de dispositivos consagrados nesses diplomas, como também pela ausência de conhecimento e referências à jurisprudência construída em torno deles internacionalmente.

Marcelo Neves (2014, p. 198) reconhece que, na América Latina, há uma tradição de referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras; entretanto, historicamente, a referência a esses textos constituía mais uma “retórica” destinada à prova de erudição do que um fundamento imediato da deliberação tomada; inobstante isso, atualmente é possível observar uma tendência a fazer esse tipo de referência não só como parte do “*obter dictum*”, mas também da “*ratio decidendi*”.

Perfilhando o mesmo entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 48-49) nota que, contrariamente ao esperado, a abertura da Constituição de 1988 aos tratados internacionais de direitos humanos não implicou “maior receptividade por parte da comunidade jurídica em relação ao tema, seja do ponto de vista do seu tratamento dogmático, mas especialmente na prática jurídico-judiciária”. Um movimento de abertura mais efetiva só teve início em 2004, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, a qual propiciou que o STF revisitasse sua jurisprudência e passasse a considerar os tratados internacionais de direitos humanos – no mínimo – instrumentos supralegais, viabilizando assim o controle de convencionalidade. Desde então, aumentou o número de ocasiões em que o STF passou a se basear em tratados para decidir, muito embora persistam algumas perplexidades do ponto de vista doutrinário.

Em estudo de 2014, Leonardo Cunha Silva e Nelson Camatta Moreira (2014, p. 56-57) constataram que a utilização dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF apresenta aumento discreto, porém contínuo, ao longo dos anos, preponderando a proteção dos direitos civis e políticos, especialmente o direito de liberdade de locomoção; o mesmo não acontece com os direitos sociais. Os mesmos estudiosos assinalam o papel que a advocacia e as promotorias têm a desempenhar nessa seara, levando ao conhecimento do Poder Judiciário as violações de obrigações assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional.

Em estudo mais recente, datado de 2020, Patrícia Perrone Campos Mello e Felipe Meneses Graça (2020, p. 111) também analisaram o engajamento – sob o viés argumentativo – do STF com precedentes estrangeiros. Partiram de um quadro de referências que identifica quatro comportamentos possíveis: (01) um “comportamento de resistência”, em que o uso de precedentes estrangeiros é rejeitado; (02) um “comportamento de convergência”, em que há uma afirmação da identidade entre as decisões estrangeiras e as decisões internas; (03) um “comportamento de engajamento argumentativo”, em que há um compromisso de estabelecer diálogo com as decisões estrangeiras, enfrentando-as argumentativamente quando ocorrerem divergências; e (04) um “comportamento híbrido”, em que há uma alternância entre diferentes posturas, ora citando precedentes estrangeiros sem grande aprofundamento, ora enfrentando-os argumentativamente com profundidade. O STF apresentaria o quarto comportamento, dado que há uma quantidade significativa de votos que citam precedentes estrangeiros sem se aprofundar, ao mesmo tempo que há outras decisões, em número menor, que dialogam efetivamente com as Cortes internacionais.

Nesse sentido, os casos do diploma de jornalista e da prisão do depositário infiel são especialmente importantes. No primeiro, com forte repercussão na sociedade e na imprensa, desde a primeira instância até o julgamento pelo STF, a referência ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi feita de modo explícito, integrando efetivamente as razões do julgamento. No segundo, a vinculação ao Direito internacional se aprofundou.

Com efeito, o julgamento do STF foi precedido por amplo debate da comunidade jurídica e no interior da jurisprudência, o que propiciou a vários órgãos julgadores pronunciar-se sobre o tema tomando como fundamento a Convenção Americana de Direitos Humanos, prática, como dito, pouco comum na cultura jurídica nacional àquela altura. A Corte constitucional, por seu turno, não se limitou a integrar a jurisprudência internacional às suas próprias razões de decidir, como

fizera no caso dos jornalistas; valeu-se, isto sim, da própria norma contida em tratado como fundamento do seu julgamento, ao mesmo tempo afastando a legislação interna em sentido contrário e reconhecendo o caráter supralegal do tratado.

Depois disso, vários passos foram dados pelo Judiciário brasileiro rumo a uma maior vinculação aos instrumentos internacionais e à jurisprudência a eles associada.

Em 2010, em típico juízo de convencionalidade, o STF afastou disposição contida no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, com base na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, incorporado ao ordenamento jurídico pátrio em 1991⁶. A legislação de 2006 vedava a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos nos crimes envolvendo o tráfico de entorpecentes; já a Convenção caminhava no sentido da incidência da substituição para esses casos. O caráter supralegal da Convenção foi o fundamento da decisão; caso prevalecesse o entendimento de que os tratados são equiparados à lei ordinária, haveria conflito de normas solucionável pelo critério temporal, segundo o qual prevaleceria a legislação proibitiva.

Nesse julgamento, diferentemente do caso do depositário infiel, a deliberação não se baseou exclusivamente na Convenção internacional; foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo em apreço, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal); entretanto, tanto como reforço argumentativo à conclusão pela inconstitucionalidade, quanto como reconhecimento da vinculação positiva ao dispositivo, foi trazido à tona o caráter supralegal da Convenção. A ementa do acórdão consigna que a Convenção em comento é “[n]orma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes”.

Em 2013, o STF, no curso de ação penal de sua competência originária⁷, reformulou entendimento que há tempos sustentava. A Corte considerava que não havia no Brasil um direito específico ao duplo grau de jurisdição, de modo que, quando alguém era processado e julgado pelo próprio Supremo, por exemplo, não tinha direito a recurso a outra Corte, já que o Supremo está no topo do Poder Judiciário brasileiro. Todavia, com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, que consagra o direito ao duplo grau, a Corte realizou interpretação da legislação nacional e do seu regimento interno de forma a garantir aos então acusados que recorressem de suas condenações, ainda que à mesma Corte.

No voto que desempatou o impasse que se formara no Plenário a respeito da questão, o Ministro Celso de Mello assinalou que a possibilidade de recurso ao próprio tribunal “buscaria permitir a concretização, no âmbito desta Corte, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que visa a amparar direito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos”. O artigo 8º da referida Convenção preconiza que toda pessoa

⁶ BRASIL. STF. HC 97.256/RS, Relator Ministro Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJ 16/12/2021.

⁷ BRASIL. STF. Informativos 719 e 720. AP 470/MG.

acusada de delito tem direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Outro ponto importante nesse percurso foi a corroboração, pelo STF, da assim chamada audiência de custódia, na qual o preso é prontamente levado à presença do magistrado responsável por seu caso. A princípio, o Supremo considerou que provimento do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸ que previa essa audiência encontrava fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos⁹. Posteriormente, ao julgar a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, a Corte deferiu medida cautelar determinando ao Judiciário brasileiro a realização de audiências de custódia, baseando-se para tanto em tratados internacionais subscritos pelo país¹⁰.

O artigo 7º, item “5”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispõe que “[t]oda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. O provimento do Tribunal paulista, concretizando essa previsão, justificava a disposição em seu preâmbulo justamente na disposição da norma convencional.

Ao validar essa previsão, o STF, superando alegações de vícios constitucionais formais, abriu a ementa do acórdão registrando que a referida convenção, “[...] posto ostentar o *status* jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada ‘audiência de custódia’, cuja denominação sugere-se ‘audiência de apresentação’”. Reconheceu, então, a possibilidade do Poder Judiciário, com base nos efeitos imediatos das normas que versam sobre direitos fundamentais, de dar concretude a previsões contidas em instrumentos internacionais subscritos pelo país mediante sua regulamentação.

Essa linha de ação foi expandida pela própria Corte no pronunciamento subsequente que fez sobre o tema, quando em medida cautelar de enfrentamento da precária situação carcerária no país, determinou que:

[...] estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF MC 347/DF)

Percebe-se, portanto, uma evolução, desde um ponto em que instrumentos internacionais são apenas referidos, como um entre vários fundamentos de uma decisão, passando pela prevalência de um tratado sobre a legislação interna, em típico exemplo de controle de convencionalidade interno, até chegar ao ponto em que consequências práticas são extraídas de um tratado mediante ordem judicial, caso das audiências de custódia.

⁸ BRASIL. TJ/SP. Provimento Conjunto n. 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça.

⁹ BRASIL. STF. ADIn 5.240/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20/08/2015, DJ 01/02/2016.

¹⁰ BRASIL. STF. ADPF MC 347/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, DJ 19/02/2016.

8 O caso italiano

A fim de melhor compreender a evolução pela qual o Direito nacional vem passando no que se refere à integração com sistemas externos de proteção dos direitos humanos, vale observar o caso da Itália, país que apresenta várias afinidades com o Brasil na área jurídica.

Luca Mezzetti (2013, p. 178), em estudo sobre o tema, estabelece a estrutura a partir da qual esse fenômeno ganha vida. Na Itália, há três níveis principais de proteção aos direitos fundamentais: (01) o Conselho da Europa, a Convenção Europeia pela Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH) e a Corte Europeia de Direitos Humanos, de 1950; (02) a União Europeia e a Corte de Justiça Europeia; e (03) a Constituição Italiana e a Corte Constitucional Italiana.

Apesar de não ter sido algo imediato, hoje se reconhece na Itália a aplicação automática das previsões da CEDH. A interpretação que se faz é a de que as disposições desse sistema de proteção dos direitos humanos integram implicitamente os princípios gerais de Direito a que se refere o artigo 2º da Constituição italiana (MEZZETTI, 2013, p. 178).

Basicamente, as normas da CEDH são consideradas como parâmetro interpretativo da legislação interna; havendo contraste entre esta e as normas convencionais, prevalecem as normas convencionais; o intérprete privilegiado da CEDH é a Corte Europeia de Direitos Humanos, portanto, a jurisprudência interna deve estar atenta não só à aplicação das disposições convencionais de conformidade com a CEDH, mas também com a aplicação destas de conformidade com a CEDH tal como interpretada pela Corte Europeia, a não ser por situações excepcionais envolvendo constitucionalidade. Entretanto, as normas da CEDH não se superpõem às normas da própria Constituição italiana, que prevalecem em caso de conflito (MEZZETTI, 2013, p. 185-186).

Percebe-se pelo exposto que a estrutura de integração entre a ordem jurídica italiana e o sistema regional de proteção dos direitos humanos se assemelha à estrutura consagrada atualmente, no Brasil, pelo STF: as normas convencionais são alçadas a um estatuto elevado, ao qual deve observância a legislação interna; todavia, não se superpõem à Constituição nacional, que prevalece em caso de conflito. Uma diferença notável é que na Itália o chamado diálogo das Cortes se tornou parte expressamente constitutiva da estrutura de integração, estando claro que a interpretação da corte regional para os dispositivos convencionais deve ser privilegiada; isso pressupõe uma cultura jurídica de conhecimento e referência à jurisprudência produzida nesse nível. No Brasil, não só inexistente uma estipulação expressa e reiterada do STF no sentido de que o controle de convencionalidade deve ter em mira a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como também inexistem as condições prévias a tanto, notadamente uma cultura jurídica habituada a conhecer e se referir a essa jurisprudência.

9 Conclusão

O estudo da evolução jurisprudencial brasileira na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até os dias de hoje, permite constatar que as dificuldades enfrentadas se

devem antes a resistências da cultura jurídica nacional do que à inexistência de instrumentos técnicos. Nota-se então que, à medida que o STF sinaliza à comunidade jurídica as possibilidades contidas nos instrumentos legislativos existentes, doutrina e jurisprudência como um todo avançam nesse sentido, vencendo as resistências anteriores.

A Constituição Federal de 1988 desde o princípio promoveu ampla abertura aos direitos humanos. A afirmação da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, e a previsão de que os direitos ali positivados não excluem outros oriundos de fontes diferentes, por si sós, bastariam à abertura do ordenamento jurídico interno ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Como na prática não bastaram, mostrou-se acertada a iniciativa do STF ao reconhecer – ao menos – o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos, viabilizando desse modo o exercício do controle de convencionalidade por juízes e tribunais.

A supralegalidade garante a realização do controle de convencionalidade, tornando superadas as oscilações doutrinárias e jurisprudenciais em torno do caráter constitucional de todos os direitos humanos, sem distinção. Uma vez que esses tratados estão agora reconhecidamente acima da legislação infraconstitucional, não subsistem dificuldades técnicas relevantes no exercício de confrontação entre o Direito interno e o Direito internacional. Nem mesmo a incerteza quanto aos efeitos da declaração de inconvenção são capazes de deter o controle, dado que a expressão utilizada pelo STF – “efeitos paralisantes” – é suficiente para a solução dos casos concretos.

O controle de convencionalidade deve ser acompanhado necessariamente pelo diálogo entre as Cortes, sob pena do caráter universalista intrínseco dos direitos humanos restar prejudicado. O diálogo entre as Cortes é a abertura de juízes, tribunais e doutrina às interpretações que os diversos integrantes do sistema internacional de direitos humanos dão aos tratados e convenções, atividade na qual consubstanciam a variedade da experiência humana através do globo e propiciam um consenso mínimo sobre quais sejam os patamares indispensáveis à preservação da dignidade da pessoa humana.

O diálogo entre as Cortes acontece não só quando os juízes e tribunais aplicam tratados internacionais de direitos humanos; ele também se faz sentir por sua força persuasiva quando do controle de constitucionalidade ou para a simples aplicação da legislação infraconstitucional. O caso do diploma em jornalismo é emblemático nesse sentido, na medida em que a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a um dispositivo convencional serviu como elemento decisivo à análise da constitucionalidade de um dispositivo infraconstitucional pelo Judiciário brasileiro. Não houve controle de convencionalidade propriamente dito, entretanto o diálogo entre Cortes foi fundamental para a solução da questão.

Em verdade, a promoção do diálogo entre Cortes serve inclusive para superar, na prática, o não reconhecimento, no Brasil, da natureza constitucional da maior parte dos tratados internacionais de direitos humanos. Isto porque a Constituição Federal contém cláusulas de abertura, representadas, entre outros mecanismos, pelos princípios por ela consagrados, cujo conteúdo não é exaustivamente definido. No exercício de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como de aplicação desses princípios, o Poder Judiciário brasileiro tem a oportunidade de trazer para a experiência jurídica interna as

normas e precedentes firmados pelas Cortes internacionais a respeito do tema, de tal modo que o Estado brasileiro cumpre os compromissos assumidos na esfera internacional, ao mesmo tempo que a ordem jurídica interna se mantém atualizada quanto ao que há de mais atual e efetivo na proteção dos direitos humanos.

O progresso na abertura do Judiciário brasileiro ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos é perceptível ao longo das últimas décadas. Parte-se do caso do diploma em jornalismo, em que a interpretação de uma Corte internacional é decisiva para a solução de um problema jurídico interno, ainda que não implique o exercício do controle de convencionalidade propriamente dito; avança-se para o caso do depositário infiel, em que o controle de convencionalidade é exercido, de modo que uma norma contida em tratado internacional de direitos humanos prevalece sobre legislações infraconstitucionais anteriores e posteriores; e por fim se chega ao caso das audiências de custódia, em que o STF extrai consequências práticas que afetam todo o Poder Judiciário brasileiro diretamente de um dispositivo convencional, sem a intermediação do Legislador interno.

Seguindo essa linha evolutiva, é possível esperar que a concomitante mudança na cultura jurídica nacional propicie o futuro reconhecimento do caráter constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, privilegiando assim o caráter universal e especial desses direitos, necessariamente infensos a modificações que os mitiguem. Essa uniformização apresentaria a consequência prática de facilitar a compreensão do fenômeno – e por consequência a utilização mais ampla – do controle de convencionalidade por juízes e tribunais, já que implicaria a superação das hesitações doutrinárias neste estudo comentadas, que decorrem principalmente do regime híbrido existente hoje – tratados internacionais de direitos humanos constitucionais, por um lado, e supralegais, por outro.

No entanto, a mudança da cultura jurídica nacional é um ponto incontornável para a efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, seja qual for a abordagem que se faça do tema. A simples aplicação dos tratados internacionais subscritos pelo país, independentemente de existirem ou não incompatibilidades com as normas constitucionais e infraconstitucionais, depende de que os litigantes as conheçam para com base nelas demandar e defender os seus direitos, bem assim o Poder Judiciário, a fim de examinar os casos submetidos à sua apreciação e aplicar aquelas normas. Já a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos que conflitam com a ordem jurídica interna depende, além do conhecimento das normas internacionais conflitantes por parte dos litigantes e do Poder Judiciário, do conhecimento dos instrumentos de que dispõe o Direito brasileiro para solucionar essas situações. Nas duas hipóteses mencionadas, é preciso ainda que se conheça a jurisprudência formada pelas Cortes internacionais em torno dos dispositivos convencionais, a fim de evitar a adoção de posições conflitantes que terminem por colocar o Estado brasileiro na posição de descumpridor de suas obrigações perante a comunidade internacional. Uma vez conhecidas as normas e jurisprudência internacionais por litigantes e Poder Judiciário, também a interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais naquilo que têm de principiológico, aberto e indeterminado poderão ser informadas por aquelas fontes, propiciando assim a máxima efetividade dos direitos humanos, inclusive aqueles positivados pela Constituição Federal.

Em todos esses casos, a mudança da cultura jurídica é o elemento indispensável à consecução do resultado almejado, capaz até de superar eventuais dificuldades técnicas, como a dupla natureza dos tratados de direitos humanos no Brasil consagrada pelo STF.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando Pompeo Pinto; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. STF. *ADIn 5.240/SP*, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20/08/2015, DJ 01/02/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. STF. *ADIn MC 1.480/DF*, Relator Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04/09/1997, DJ 18/05/2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. STF. *ADPF MC 347/DF*, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015, DJ 19/02/2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. STF. *HC 97.256/RS*, Relator Ministro Ayres Britto, j. 01/09/2010, DJ 16/12/2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. STF. *Informativo 719*. AP 470/MG. Brasília, 9 a 13 de setembro de 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo719.htm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. STF. *Informativo 720*. AP 470/MG. Brasília, 16 a 20 de setembro de 2013. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo720.htm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. STF. *RE 466.343/SP*, Relator Ministro Cezar Peluso, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. STF. *RE 511.961/SP*, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17/06/2009, DJ 13/11/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. STJ. *REsp 1.640.084/SP*, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j. 15/12/2016, DJe 01/02/2017. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600321060&dt_publicacao=01/02/2017. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. TJ/SP. *Provimento Conjunto nº 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Corregedoria Geral da Justiça*. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. TRF3. AC 0025946-51.2001.4.03.6100/SP, Relator Juiz Federal Convocado Manoel Álvares, j. 26/10/2005, DJU 30/11/2005. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual>. Acesso em: 28 mar. 2022.

CIDH. *Parecer Consultivo OC 5-85*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acesso em: 04 abr. 2022.

GRAÇA, Felipe Meneses; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, 2020.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 18, 2013.

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. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 181, jan./mar. 2009.

MEZZETTI, Luca. Direitos humanos na Itália, entre a Suprema Corte, a Corte Constitucional e as Cortes Supranacionais. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, 2013.

MOREIRA, Nelson Camatta; SILVA, Leonardo Cunha. Aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo STF: dados e críticas. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 30, n. 2, p. 29-58, jul./dez. 2014.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: SaraivaJUR, 2022.

REZECK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RISTER, Carla Abrantkoski. A relação entre o ordenamento internacional e o ordenamento interno em matéria de direitos humanos. *Boletim dos Procuradores da República*, ano II, n. 16, ago. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. *Revista Populus*, Salvador, n. 5, dez. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais, Constituição e direito internacional: diálogos e fricções*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Beclate Oliveira. Tratados de direitos humanos supralegais e constitucionais – uma abordagem analítico-normativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, n. 209, jan./mar. 2016.

TÁVORA, Fabiano. *Direito internacional público – Coleção diplomata*. São Paulo: Saraiva, 2016.