

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAIS NO PODER JUDICIÁRIO

Beatriz Camargo RIBEIRO¹
Isadora Fernanda LATINI²

RESUMO: O presente artigo tem como prisma basilar analisar as inúmeras decisões judiciais que são tomadas em desacordo com tratados internacionais assinados e ratificados pelo Estado brasileiro. Para tanto, em um primeiro momento, foram trazidas diferentes teorias que explicam o que deve ser feito em eventual caso de divergência entre normas internas e Tratados internacionais ratificados pelo Estado. Em seguida, fez-se uma breve explanação da força que os diferentes tratados internacionais possuem no ordenamento jurídico brasileiro, mostrando-se que há uma tríplice hierarquia. Além disso, foi abordado o significado e a importância do controle de convencionalidade, o qual deve ser feito não apenas pelo Poder Legislativo, mas também pelo Poder Judiciário, que não deve aplicar normas nacionais em dissonância com normas internacionais, sendo assim, o juiz interno possui dupla competência, quais sejam, adequar seu julgamento às leis internas, bem como aos Tratados ratificados pelo Estado. Por fim, foram trazidos alguns julgados que refletem a inconventionalidade, o que demonstra uma omissão por parte do Poder Judiciário em aplicar tratados internacionais. Como solução para combater decisões inconventionais, devem ser usado os mesmos instrumentos cuja a finalidade é combater normas inconstitucionais, recorrendo-se a instâncias superiores, quais sejam, Adin (Ação de Inconstitucionalidade), ADecon (Ação declaratória de constitucionalidade), ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), no entanto se a decisão se manter inconventional, alguns doutrinadores falam da possibilidade de utilização da ADO (Ação declaratória de inconventionalidade por omissão), a qual seria proposta perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Controle de convencionalidade. Supralegalidade. Julgados inconventionais. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo da história recente, verifica-se uma crescente busca pela internacionalização de diversos acordos. O presente artigo tem como escopo

¹ Discente do 6º termo do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Membro do Grupo de Estudos sobre Direitos Humanos. Membro da Equipe da 2ª Competição Acadêmica de Julgamento Simulado da Corte Interamericana de Direitos Humanos da OAB-SP. E-mail: beatrizcamargo22ribeiro@hotmail.com

² Discente do 6º termo do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista PICT (Programa de Iniciação Científica da Toledo). Membro do Grupo de Estudos sobre Direitos Humanos. E-mail: isadora7fl@gmail.com

analisar a atuação do Poder Judiciário nacional no que tange às decisões por ele tomadas, as quais, muitas vezes, se mostram inconventionais, isto é, estão em desacordo com Tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Para tanto, em um primeiro momento foram trazidas as teorias, quais sejam teoria monista e teoria dualista, as quais explicam o que deve ser feito pelo aplicador do direito ao verificar divergência entre tratados internacionais e normas internas. Em meio a essa internacionalização, emerge o problema do conflito entre o direito interno e o direito internacional, o que ameaça a estrutura da efetividade dos tratados internacionais em âmbito interno.

Em seguida, buscou-se analisar qual o status hierárquico que os tratados internacionais possuem no ordenamento jurídico brasileiro, perpassando pelos tratados comuns e tratados que versam sobre Direitos Humanos. Com isso, foi explanada a tríplice hierarquia dos tratados internacionais, bem como a posição do juiz interno, que ao mesmo tempo deve cumprir tarefas de juiz internacional.

Em seguida, foi feita a análise do estado de coisas inconventionais de direitos humanos no judiciário brasileiro, o qual, no exercício profissional deixa, por vezes, de aplicar as normas internacionais de direitos humanos por falta de aperfeiçoamento sobre o assunto. Foram trazidos julgados recentes que conflitam com normas internacionais de direitos humanos. É visível a relevância do tema para a sociedade brasileira, a qual é passível de arbitrariedades do Estado e, por isso, existem órgãos e diplomas internacionais de direitos humanos. Tem-se como objetivo demonstrar aspectos formais e materiais da aderência do Brasil a tratados internacionais e, em suma, trazer soluções para estimular a sociedade dos magistrados a se atentarem aos direitos humanos em suas decisões.

Por fim, o método utilizado é o dedutivo argumentativo, ou seja, partindo de premissas dos direitos humanos e analisando a eficácia dos mesmos nas sentenças e cumprimento de sentenças brasileiras. As fontes utilizadas são diplomas internacionais que o Estado brasileiro ratificou, jurisprudência, leis, doutrinas e noticiários jurídicos.

2 DIVERGÊNCIA ENTRE NORMAS INTERNACIONAIS E NORMAS DO DIREITO INTERNO

É sabido que no momento de proferir uma decisão, o magistrado precisa seguir à risca o texto constitucional. No entanto, com a globalização e internacionalização de direitos, este também deve se ater aos tratados internacionais assinados e ratificados pelo Estado brasileiro.

Com relação a eventuais concorrências entre tratados internacionais e leis internas infraconstitucionais, duas correntes explicam a maneira de resolver esse conflito.

A primeira diz que os tratados prevalecem sobre as normas internas infraconstitucionais, sem que leis posteriores atinjam o poder dos tratados no ordenamento interno. A segunda, diz que quando há conflito é dado aos tratados apenas tratamento paritário, tomando como paradigma leis nacionais e outros diplomas de grau equivalente (REZEK, 1996, p. 104). No Brasil vigora o sistema paritário, ou seja, o tratado após ser formalizado possui força de lei ordinária, de modo que pode ser revogado ou revogar disposições em contrário.

Para compreender se a norma interna ou a externa irá prevalecer, é preciso saber qual a relação que elas possuem entre si, ou seja, se adotam o sistema monista ou dualista.

Pelo dualismo, o conjunto de direito interno e internacional são sistemas distintos e independentes. Por cada um desses sistemas regularem matérias distintas não haveria situações de conflitos. Seus adeptos dizem que os tratados abrangem apenas compromissos exteriores do Estado que foram assumidos durante um período temporal pelo governo vigente na época, contudo, não influenciariam no ordenamento interno. Segundo o dualismo:

As normas de Direito Internacional não têm força cogente no interior de um Estado senão por meio da recepção, isto é, em decorrência de um ato do seu Poder Legislativo que as converte em regras de Direito Interno, não sendo possível, por via de consequência, colisões entre as duas ordens jurídicas (ARAÚJO, 1977, pg.44)

Em contrapartida, os adeptos da corrente monista defendem que após assumir um compromisso com um tratado, o Estado já está se comprometendo,

independente da edição de um novo ordenamento interno para materializar internamente as obrigações decorrentes da ratificação.

Essa teoria subdivide-se em duas correntes, a monista internacionalista, a qual prevê que se surgir uma dúvida de prevalência no momento da aplicação do direito deve prevalecer as normas de Direito Internacional, e, a segunda, denominada Monismo nacionalista a qual defende que nesta situação a primazia será do direito Interno, pautando-se na soberania nacional.

Em caso de conflito entre normas internacionais e nacionais, o fator determinante não é o status nacional ou internacional da norma, mas sim seu alcance mais favorável ao indivíduo. Sendo assim, o princípio que deve nortear a solução em caso de conflito entre normas é o *pro hominie*, um dispositivo convencional internacional, considerado uma cláusula tradicional insculpida nos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, Cançado Trindade ensina:

No presente domínio de proteção, não mais há pretensão de primazia do Direito Internacional ou do Direito Interno, como ocorria na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente contexto, a primazia é da norma mais favorável às vítimas que melhor as proteja, seja ela norma de Direito Internacional ou de Direito Interno. (1999, *recurso online*)

Portanto, a solução para o conflito entre as normas de plano nacional e internacional foi consolidada com o princípio da norma mais favorável às pessoas, o qual coaduna com a essência protetora dos Direitos Humanos.

Antes de iniciar o estudo a respeito da convencionalidade das decisões judiciais, faz-se mister analisar qual a força que os tratados internacionais possuem no ordenamento jurídico interno.

3 Jurisprudência do STF: A Tríplice hierarquia dos tratados internacionais

Com o recurso extraordinário 466.343 do STF de 2008 houve a consolidação da Tríplice hierarquia dos tratados, de acordo com o quórum de votação eles são classificados no tocante a matéria formal em: o de maior hierarquia são os Tratados que versam sobre Direitos Humanos aprovados conforme o rito do §3º do artigo 5º da Constituição, os quais possuem equivalência às normas

constitucionais. Atualmente gozam desse status a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, seu Protocolo Facultativo e o Tratado de Marraquexe. Mazzuoli explica:

Falar que um tratado tem “status de norma constitucional” é o mesmo que dizer que ele integra o bloco de constitucionalidade material (e não formal) da nossa Carta Magna, o que é menos amplo que dizer que ele é “equivalente a uma emenda constitucional”, o que significa que esse mesmo tratado já integra formalmente (além de materialmente) o texto constitucional. Perceba-se que, neste último caso, o tratado assim aprovado será, além de materialmente constitucional, também formalmente constitucional (MAZZUOLI, 2005, p.103)

Nota-se, conforme explana Mazzuoli, que os tratados que versam sobre direitos humanos já possuem status material de constitucionalidade, restando apenas sua aprovação de acordo com o quórum exigido pela Constituição.

O segundo plano atinge os Tratados de Direitos Humanos aprovados pelo Congresso Nacional por maioria simples antes da Emenda Constitucional 45 de 2004, denominados supralegais. Um exemplo é o Pacto de São José da Costa Rica.

Em último plano, e com menos força são os tratados comuns, também chamados de tratados que não versam sobre direitos humanos, os quais possuem força de lei ordinária, aprovados por maioria simples dos membros do Congresso Nacional.

3.1 Tratados comuns

Os tratados comuns são também denominados como tratados que não versam sobre direitos humanos, visto que em âmbito internacional há uma relevância notória dos tratados de direitos humanos. Esta classificação abrange tratados como a Carta de Havana (Conferência das Nações Unidas para Comércio e Trabalho), a qual criou o OMC (Organização Mundial do Comércio) regulando as relações econômicas internacionais; os Tratados da Organização Mundial do Trabalho, Tratado Naval de Washington de 1922, entre outros.

Os tratados são acordos formais firmados entre pessoas jurídicas de Direito Internacional Público, buscando estipular a produção de efeitos jurídicos entre si que extrapolam as fronteiras geográficas. Nesse sentido, Rezek explica:

Um acordo resultante da convergência das vontades de dois ou mais sujeitos de direito internacional, formalizada num texto escrito, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos no plano internacional. Em outras palavras, o tratado é um meio pelo qual sujeitos de direito internacional – principalmente os Estados nacionais e as organizações internacionais – estipulam direitos e obrigações entre si (2007, p. 278).

Em suma esses tratados versam sobre assuntos internacionais diversos que não tocam em direitos fundamentais humanos, como exemplos: divisões territoriais com o Tratado de Tordesilhas de 1494, o Tratado de Quioto para a redução da emissão dos gases que agravam o efeito estufa, assinado em 1977, a Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Illicitamente Exportados de 1995, Convenção de Haia sobre Alimentos, de 2017, a qual facilita pedidos de pensão alimentícia entre o Brasil e diversos outros países, entre outros.

Por não versarem sobre direitos humanos não estão sujeitos ao rito previsto no §3º do artigo 5º da Constituição Federal, contudo, regulamentam assuntos ordinários entre as relações do Brasil com outros países.

3.2 Status Constitucional dos Tratados de Direitos Humanos

Como forma de preservar os direitos humanos, criaram-se mecanismos globais de proteção, em especial a Organização das Nações Unidas, instituída com a Carta da ONU de 1948, que trouxe nova identidade ao direito internacional.

No âmbito interno, a promulgação da Constituição de 1988 deu início a um processo de redemocratização no Brasil e maior preservação de direitos da pessoa humana. Nesse sentido Valerio Mazzuoli explica:

Mas se é certo que a promulgação do texto constitucional significou a abertura do nosso sistema jurídico para essa chamada nova ordem estabelecida a partir de então, também não é menos certo que todo esse processo desenvolveu-se concomitantemente à cada vez mais intensa ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos da pessoa humana, os quais perfazem uma imensa gama de normas diretamente aplicáveis pelo Judiciário e que agregam vários novos direitos e garantias àqueles já constantes do nosso ordenamento jurídico interno (2018, *recurso online*).

A Constituição Federal trouxe em seu artigo 5º, §2º³ que os direitos e garantias nela contidos não excluem outros advindos de tratados internacionais. No entanto, havia muita discussão sobre a força que os esses tratados teriam no ordenamento interno, se estariam equiparados à Constituição Federal, abaixo ou acima dela.

Para dirimir tal controvérsia, o legislador cria o §3º do artigo 5º da Constituição Federal através da Emenda Constitucional 45/04, que estabelece que os tratados de direitos humanos, aprovados por 3/5, em dois turnos em cada uma das casas do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Ocorre que, os tratados anteriores a essa novidade normativa do art. 5º a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dentre outros tiveram seu status reavaliado e considerados pelo Supremo Tribunal Federal com caráter de supralegalidade⁴, ou seja, acima das normas infraconstitucionais, mais abaixo da Constituição Federal.

No entanto, o ponto que se tem por mais problemático quanto a esse tema é o atinente aos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados após a EC/45 e sem a maioria qualificada exigida pelo §3º do art. 5º da CF/88.

Da leitura do dispositivo, pode-se extrair duas interpretações, quais sejam: os tratados de Direitos Humanos não aprovados estariam automaticamente rejeitados pelo parlamento ou, teríamos tratados de Direitos Humanos com status diferenciado dos demais aprovados naquela forma.

Quanto a primeira tese, esta parece ir em sentido contrário do pregado pelos Direitos Humanos. Nesse sentido, Lucas Noya dos Santos explica que:

Se nos dispuséssemos a seguir a primeira tese, estaríamos a dizer que a EC/45 tornou mais rígido o rito de aprovação de tratados de Direitos Humanos do que de qualquer outro tratado internacional, algo que é, no mínimo, ilógico. E se seguirmos adiante, teríamos um entendimento absolutamente contrário ao princípio do não retrocesso ou da vedação de redução ou abolição de direitos trazidos pelo art. 60, §4º, inciso IV da CF/88 (2018, p. 46).

³ Art. 5º, §2º, CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁴ Conforme a decisão do STF, no HC nº 87.585/TO, julg. 03.12.2008, e especialmente no RE 466.343-1/SP, julg. 03.12/2008.

Quanto a segunda tese o autor continua dizendo que: “nos parece, a princípio, um tanto mais razoável e se encaixar melhor à proposta do disposto na redação dada pela EC/45” (2018, p. 47).

Apesar disso, a discussão não se encontra encerrada, visto que há questionamentos sobre qual status teria o tratado de Direitos Humanos aprovados com quórum inferior a 3/5.

A partir do julgamento do RE nº 466.343-1-SP, se extrai a ideia de que teriam status de norma supralegal. No entanto, há críticas nesse sentido, visto que muitos doutrinadores defendem que os tratados de direitos humanos são normas materialmente constitucionais, independentemente do seu quórum de aprovação, por força do §2º, artigo 5º da Constituição Federal. Nesse entender, Flávia Piovesan explica:

Se os tratados de direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda n. 45/2004, por força dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, são normas material e formalmente constitucionais, com relação aos novos tratados de direitos humanos a serem ratificados, por força do § 2º do mesmo art. 5º, independentemente de seu quorum de aprovação, serão normas materialmente constitucionais. Contudo, para converterem-se em normas também formalmente constitucionais deverão percorrer o procedimento demandado pelo § 3º (2013, p. 137).

Evidente que tal inovação legislativa supramencionada mexeu com o Judiciário como um todo nos termos de aplicação e interpretação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade é o mecanismo utilizado para se ter compatibilidade entre as normas que integram a ordem jurídica interna e as normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos. É uma forma de impedir que o Estado utilize de sua legislação interna com o fim de deixar de observar norma prevista em uma convenção.

Sendo assim, no momento de interpretar e aplicar o Direito, o Poder Judiciário deverá considerar a convencionalidade da norma, para poder dizer se esta poderá ou não ser aplicada. Nesse sentido, Wendy Molina Andrade brilhantemente explica (2015, p. 110):

El control de convencionalidad tiene como objetivo determinar si la norma nacional es “convencional”, em la medida en que ésta guarde armonía con la Convención Americana y demás tratados sobre derechos humanos. De ser este el caso, el juez aplicará dicha norma al caso concreto, de no ser el caso, se declara su inconvencionalidad, y com ello la invalidez e inaplicabilidad de la norma objetada.⁵

Há exemplos de controle de convencionalidade desde a década de 70, apesar de nessa época ainda estar em processo de construção, e sendo um mecanismo ainda pouco aceito. A exemplo, pode-se citar a decisão 74-54 DC do Conselho Constitucional da França, de 15 de janeiro de 1975, que não realizou o controle de convencionalidade porque não se entendeu competente para tanto e não definiu expressamente o que seria esse controle, mas reconheceu a existência de dois controles de natureza distinta.

5. (Considérant qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution; 6. Considérant qu'ainsi le contrôle du respect du principe énoncé à l'article 55 de la Constitution ne saurait s'exercer dans le cadre de l'examen prévu à l'article 61, en raison de la différence de nature de ces deux contrôles; 7. Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international; [...])⁶

Pode-se afirmar que outro fundamento basilar do controle de convencionalidade é o princípio do *pacta sunt servanda* – acordos devem ser cumpridos, previsto expressamente no artigo 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ANDRADE; 2015, p. 106).

Destarte, para que uma norma tenha validade no ordenamento jurídico interno não basta estar de acordo com a Constituição Federal, pois só terá eficácia plena se estiver de acordo também com os tratados internacionais de direitos humanos. Além disso, cabe ao Poder Judiciário, no caso concreto dizer se aquela

⁵ Tradução livre: “O controle de convencionalidade tem como objetivo determinar se a norma nacional é “convencional”, na medida que esta guarda harmonia com a Convenção Americana e demais tratados sobre direitos humanos. Se este for o caso, o juiz aplicará dita norma ao caso concreto, se não for o caso, declara sua inconvencionalidade, e com isso, a invalidade e inaplicabilidade de norma contestada”.

⁶ Tradução livre: “5. Considerando que uma lei contrária a um tratado não seria, por tudo isso, contrária à Constituição; 6. Considerando que o controle do cumprimento do princípio estabelecido no artigo 55 da Constituição não pode ser exercido no contexto do exame previsto no artigo 61, devido à diferença de natureza desses dois controles; 7. Considerando que, nessas circunstâncias, não cabe ao Conselho Constitucional, quando for submetido nos termos do artigo 61 da Constituição, a examinar a conformidade de uma lei com as estipulações de um tratado ou um acordo internacional; [...]”.

norma é ou não convencional, decidindo pela sua não aplicabilidade caso esteja em desacordo com tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil.

5 ESTADO DE COISAS INCONVENCIONAIS NO PODER JUDICIÁRIO

Como dito anteriormente, o Poder Judiciário deve tomar suas decisões de acordo tanto com a Constituição Federal, quanto com os Tratados assinados e ratificados pelo Estado brasileiro.

Sendo assim, o juiz convencional possui dupla competência, visto que se mantém na posição de juiz interno ao mesmo tempo lhe consagra as tarefas de juiz internacional (CAVALLO; 2013, p. 724). A convencionalidade pelo controle difuso se dá no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, inseridos no processo constitucional subjetivo, conforme explica CAVALLLO, e sua modalidade concentrada quando há um processo constitucional objetivo, ou seja, um caso concreto a ser julgado por meios dos instrumentos como a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Partindo-se desse seara, o controle de convencionalidade pode ser realizado nas maneiras tanto concentrada como difusa. O controle concentrado é aquele feito pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, em ações diretas, com teses abstratas.

O controle difuso, por sua vez, se apresenta em casos concretos. A equiparação de tratados de direitos humanos à norma constitucional permite que qualquer juiz ou tribunal decida não aplicar uma lei interna ao caso concreto pelo fato desta estar em desacordo com normas internacionais.

Assim aconteceu no Brasil, em que qualquer legislação sobre prisão civil por dívida deixou de ser aplicada. Havia contrariedade entre a Constituição Federal, que prevê em seu artigo 5º, inciso LXVII, a prisão civil em caso de dívida alimentar e do depositário infiel, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que proíbe expressamente a prisão civil por dívida em seu artigo 7.7.

No julgamento histórico do RE 466.343-SP, o STF não aplicou a disposição contida na Constituição Federal no art. 5º, inciso LXVII, parte final, mas sim o referido tratado internacional. Ademais, instituiu a Súmula Vinculante n. 25, sedimentando a vedação a prisão civil do depositário infiel. Foi uma decisão *pro homine*, que protegeu os direitos da pessoa conforme a norma mais benéfica.

O Poder Judiciário deve se adequar às normas internacionais ratificadas pelo Estado, o que não representa uma quebra de sua autonomia, pois tal Poder, como membro do Estado, está vinculado às decisões tomadas por este. Nesse sentido, Bichara explica:

[...]no direito brasileiro, todo juiz recebe da Constituição o poder de zelar pelo seu cumprimento, atuando no controle da efetividade de qualquer regra de direito em vigor, incluindo as de direito internacional. Isso implica, e esse aspecto é muitas vezes esquecido, que a função jurisdicional do Estado deve constituir uma garantia de aplicação das normas internacionais no seu território, isto é, da obrigação de cumprir o que foi formalmente pactuado no plano internacional, ou o que é reconhecido universalmente como sendo válido em qualquer ordem jurídica interna, em virtude do alto teor ético valorativo de uma norma internacional, como aquela de jus cogens (p. 7, 2015).

Ocorre que nem sempre os juízes e Tribunais brasileiros tomam decisões nesse sentido. São inúmeras decisões proferidas em desacordo com os instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

5.1 Julgamentos inconventionais brasileiros: o controle de convencionalidade como meio de aprimoramento das sentenças

Os direitos humanos assegurados pelas cortes internacionais são basilares para a efetiva proteção do ser humano contra eventuais afrontas cometidas pelos tribunais. Servem como meio de controle do Estado em seu poder de elaborar leis, executar leis e julgar litígios.

Um caso recente, que mostra uma decisão tomada em desacordo com instrumentos internacionais, é a proferida pela ADPF 527 no dia 26 de junho de 2019, a qual determinou a transferência de presidiárias transexuais para presídios femininos, contudo, a permanência de travestis no cárcere masculino, sob justificativa de que pessoas travestis possuem uma fluidez na sua identidade de gênero, o que dificulta o amadurecimento dos órgãos especializados quanto a que tipo de penitenciária melhor se adequa, a masculina ou a feminina.

Em contrapartida, a procuradora Geral da República, Raquel Dodge, disse que: “É patente, assim, a existência de quadro de violação inconstitucional e inconveniente de direitos humanos das mulheres transexuais e de travestis mantidas em estabelecimentos prisionais incompatíveis com sua identidade de gênero” (SOUZA, *recurso online*).

Tanto transexuais quanto travestis em situação de encarceramento compõem um grupo de pessoas com dupla vulnerabilidade, decorrente tanto do fato de serem presidiárias, quanto da sua identidade de gênero. Logo, estão mais expostas à violência de gênero do que o preso comum. A situação das travestis, segundo do STF Luís Roberto Barroso, relator da ADPF, ainda está sendo objeto de reflexão e formulação jurisprudencial, assim como não está demonstrada qual a melhor providência a ser adotada.

Porém, a existência de travestis no país não é tão recente, logo, esperar pela formulação de entendimentos aflige por mais tempo os direitos humanos desse grupo minoritário social, as quais são também vítimas da morosidade do poder judiciário.

Mais um exemplo de inconveniência é o direito de habeas corpus da pessoa presa por transgressão militar. O artigo 7.6 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que todos, sem exceção, têm direito a audiência de custódia para que o juiz avalie eventuais ilegalidades em sua prisão, bem como a recursos simples e rápido que a proteja de violações a seus direitos fundamentais:

7.6. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

(...)

25.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (CADH, *recurso online*)

Todavia, a Constituição brasileira em seu artigo 142, §2º dispõe: “Não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”. Situação regulada pelo artigo 24 parágrafo único do Decreto nº 4.346/02 denominado Regulamento Disciplinar do Exército (R-4): “As punições disciplinares de detenção e prisão disciplinar não podem ultrapassar trinta dias e a de impedimento disciplinar, dez dias.” (DECRETO 4.346/02, *recurso online*)

Essa punição, apesar de restringir o direito de locomoção, é decretada pela via administrativa, cabendo exclusivamente ao superior hierárquico militar determinar o tempo de detenção, sem a atuação ao menos de juízes militares. Conforme entendimento o judiciário controla apenas a regularidade formal do ato, disse a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

A previsão constitucional deve ser interpretada no sentido de que não cabe Habeas Corpus em relação ao mérito destas punições, limitando-se o Poder Judiciário a uma análise quanto à verificação da legalidade do ato praticado (TRF 2ª Região, *recurso online*)

Logo, tanto o parágrafo único do Decreto quanto o artigo 142, §2º da Constituição são inconventionais, visto que suspendem uma garantia judicial indispensável assegurada pela CADH. Assim, nota-se pelo entendimento da 2ª Turma do TRF 2ª região que não houve interpretação sistêmica da situação com observância dos tratados internacionais, seguindo o mesmo entendimento, decidiu o STF no Recurso Extraordinário:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. Não há que se falar em violação ao art. 142, 2º, da CF, se a concessão de habeas corpus, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. Concessão de ordem que se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, invadindo seu mérito. A punição disciplinar militar atendeu aos pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, tornando, portanto, incabível a apreciação do habeas corpus. Recurso conhecido e provido (Recurso Extraordinário nº 338.840/RS)

Portanto, para a Suprema Corte brasileira a análise do mérito da prisão cabe apenas à autoridade militar. Sendo cabível apenas Habeas Corpus para analisar os pressupostos da legalidade do ato que determinou a prisão e não o seu mérito. Está claro a inconvenção do dispositivo constitucional, assim como a reiteração dos tribunais em manter a inconvenção do artigo 142, §2º e artigo 24 do Decreto Lei. Enquanto não há modificações legislativas, não deve o judiciário restringir o habeas corpus em caso de transgressão militar sob a égide do princípio *pro homine* e do entendimento da Corte IDH no caso Castillo Petruzzi:

La Corte estima, en cuanto a la alegada violación por parte del Estado del artículo 7.5 de la Convención, que la legislación peruana, de acuerdo con la cual una persona presuntamente implicada en el delito de traición a la patria puede ser mantenida en detención preventiva por un plazo de 15 días, prorrogable por un período igual, sin ser puesta a disposición de autoridad judicial, contradice lo dispuesto por la Convención en el sentido de que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales (...) (CADH, *recurso online*)⁷

Nesse caso, o ordenamento peruano possuía um dispositivo semelhante ao que está em vigor no R-4, pois permitia que um integrante do exército fosse preso por até 30 dias sem prévia comunicação a autoridade judiciária. Portanto, as jurisprudências da Corte, e neste caso já julgado apontam também para a inconveniência da prisão por transgressão militar.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que para todas as pessoas deve ser observado os requisitos formais da prisão com uma audiência preliminar de custódia, para que assim, pessoas possam adequadamente se defender de eventuais arbitrariedades.

Uma terceira situação do ordenamento jurídico, recentíssima, que é passível de ser declarada inconveniente pelos doutrinadores e tribunais internacionais é a ausência de consulta prévia às organizações de trabalhadores que prega a Reforma Trabalhista, promulgada pela Lei nº13.467 de 2017, situação que ofende à Convenção de nº 154 da OIT:

Reafirmando a passagem da Declaração da Filadélfia onde reconhece-se " a obrigação solene de a Organização Internacional do Trabalho de estimular, entre todas as nações do mundo, programas que permitam (...) alcançar o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva ", e levando em consideração que tal princípio é "plenamente aplicável a todos os povos" (TRTSP, *recurso online*)

A Lei da Reforma Trabalhista trouxe em seu preâmbulo, como justificativa a expressão "Adequar a legislação às novas relações de trabalho" (Lei 13.467/17, *recurso online*). Expressão vaga diante da situação, não apenas brasileira, mas internacional, do crescimento do desemprego, automatização e precarização das relações de trabalho humano.

⁷ Tradução livre: A Corte considera, no que se refere à alegada violação pelo Estado do artigo 7.5 da Convenção, que a legislação peruana, segundo a qual uma pessoa supostamente envolvida no crime de tração, pode ser mantida em prisão preventiva por um período de 15 dias, prorrogável por igual período, sem ser colocado à disposição da autoridade judicial, contradiz as disposições da Convenção no sentido de que qualquer pessoa detida ou detida deve ser levada, sem demora, perante um juiz ou outro funcionário autorizado pela a lei para exercer funções judiciais

De acordo com a convenção supramencionada o artigo 477-A reflete inconveniência e vem sendo aplicado pelos tribunais brasileiros:

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Ives Gandra da Silva Martins Filho, presidente do Tribunal Superior do Trabalho, declarou procedente ação trabalhista que envolvia a demissão de 150 professores da universidade UniRitter.

Impedir instituição de ensino de realizar demissões nas janelas de julho e dezembro, louvando-se exclusivamente no fato do número de demissões realizadas, ao arripio da lei e do princípio da legalidade, recomenda a intervenção da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, ocasionalmente exercida pela Presidência do TST, para restabelecer o império da lei e impedir o dano irreparável que sofrerá a entidade de ensino, cerceada no gerenciamento de seus recursos humanos, financeiros e orçamentários, comprometendo planejamento de aulas, programas pedagógicos e sua situação econômica (TST, *recurso online*)

Posicionando-se, conforme ditames da reforma trabalhista, no sentido de proteção a instituição de ensino que poderia ser prejudicada e, em último caso, ser extinta em razão dos gastos com o pessoal que continuaria gerando custos a pessoa jurídica.

Contudo, as dispensas plúrimas possuem um impacto sócio-econômico na região em que moravam os trabalhadores e a falta de autorização sindical ou realização de acordo ou convenção coletiva tira dos trabalhadores os mecanismos que foram criados para os proteger. A falta de comunicação deixa os sindicatos sem ao menos saber da situação e, desse modo, sem tomar providências para ajudar essa massa de trabalhadores. Ademais, a negociação coletiva permite uma pacificação da situação de modo a haver homogeneidade em eventuais indenizações e pagamento de verbas rescisórias aos trabalhadores despedidos simultaneamente da mesma empresa.

O posicionamento do presidente do TST se limitou a beneficiar a pessoa jurídica, deixando desprotegidos os trabalhadores em massa, os quais estarão sem salário ou assistência para recolocação em outros postos de trabalho.

Outro caso brasileiro que demonstra inconveniência é a manutenção da Lei nº 6.683/79, denominada Lei da Anistia. A aprovação das leis de anistias imediatamente antes ou imediatamente depois das transições dos governos repressivos para os governos democráticos expressa a preocupação dos Estados em se prevenir para que suas condutas ilegais não sejam punidas.

O Sistema Interamericano possui uma linha firme contra os sucessores de governos repressivos para impedir que os violadores de direitos humanos se mantenham impunes. No caso *La Cantuta Vs Perú*, considerou que leis de autoanistia são “ab initio” incompatíveis e sua própria promulgação é “per se uma violação da Convenção”⁸.

No entanto, a Lei de Anistia ainda vigora no Estado brasileiro pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153).

Por manter em vigor a Lei de Anistia e impedindo, dessa forma, a investigação e punição dos violadores de direitos humanos, o Estado brasileiro já foi condenado duas vezes na Corte IDH, a primeira em 2010 no Caso *Gomes Lund*, e, mais recentemente, em 2018, no Caso *Vladimir Herzog*. Em que pese tais condenações, a Lei de anistia não foi revogada.

Situações como as supramencionadas devem ser reanalisadas pelo judiciário brasileiro, de modo a pensar no grupo de pessoas que são mais vulneráveis, como os travestis encarcerados em presídios brasileiros que possuem um ambiente machista e agressivo; como os soldados do Exército – instituição que compõe o Estado - que seguem uma hierarquia rigorosa; os trabalhadores que dependem dos salários para suprirem suas necessidades vitais, bem como todos aqueles que viram a sua vida e integridade, ou a de seus familiares, ameaçadas e até mesmo extinta em uma época sombria da história.

Ademais, a partir do momento que um Estado adere um instrumento internacional, deve seguir as normas e preceitos deste. O uso dos instrumentos constitucionais são fundamentais para conter situações inconvenientes, como *Adin* (Ação de Inconstitucionalidade), *ADecon* (Ação declaratória de constitucionalidade), *ADPF* (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), e, por mais que se mantenham inconvenientes tais decisões, alguns doutrinadores trazem a figura da

⁸ Corte IDH. Caso *La Cantuta vs. Peru*, par. 174.

ADO (Ação declaratória de inconvencionalidade por omissão), a qual seria proposta perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

6 CONCLUSÃO

O contexto geral em que se inseriu a pesquisa foi o Estado de Coisas Inconvencionais, para tanto foram trazidos inúmeras decisões proferidas pelo Poder Judiciário que estão em desacordo com instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, destaca-se que vários dos casos são decisões proferidas pelos tribunais de mais alto grau jurisdicional brasileiro. Observa-se uma omissão por parte deste Poder, o qual, muitas vezes, deixa de realizar a verificação de compatibilidade das leis nacionais com as internacionais no momento de aplicá-las.

É visível que hodiernamente o Poder Judiciário brasileiro tem sido acionado com frequência para garantir a aplicação dos tratados internacionais. Isso é explicado pela multiplicação dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro dentro de uma sociedade internacional preocupada em coordenar as ações dos seus membros com objetivos bem definido, como direitos humanos, desenvolvimento econômico, proteção ambiental, dentre outros.

Mostrou-se que, porém, muitas vezes, há dissonância entre o ordenamento jurídico interno e o entendimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos quanto a diversos temas.

A partir do momento que os Estados ratificam instrumentos internacionais e os colocam em seu ordenamento com status constitucional, devem seguir seus preceitos. No entanto, a leitura que se faz de recentes decisões mostra que esta afirmação se torna insustentável.

Diante de decisões judiciais inconvencionais cabe aos legitimados fazerem uso de instrumentos que controlam a inconstitucionalidade, para que assim haja uma reanálise nos Tribunais Superiores. Porém, caso permaneça a inconvencionalidade, ainda que por omissão, devem haver meios de buscar recursos em tribunais superiores, como a CIDH (Corte Interamericana de Direitos Humanos), pois estes podem propor medidas para que os membros do judiciário atuem aderindo mais profundamente aos tratados internacionais de direitos humanos no direito que proferem em suas sentenças e no controle do devido processo legal

Por fim, cumprir o que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos pregam é essencial para a efetivação de direitos fundamentais e a garantia do Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, para que haja uma busca constante de aprimoramento da justiça, a qual deve priorizar o ser humano, a coletividade humana e os grupos minoritários humanos vulneráveis. Sendo assim, cabe ao Poder Judiciário aplicá-los e honrar a regra *pacta sunt servanda*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Wendy Molina. El control de convencionalidad em la jurisdicción ecuatoriana y su aplicación em la consulta de norma. IDH. In: CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. *Derecho Procesal Constitucional*. Colômbia: VC Editores Ltda, 2015. p. 104-120.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997

BICHARA, Jawyir-Philippe. O controle da aplicação do direito internacional pelo Poder Judiciário brasileiro: uma análise crítica, 2015. In: Portal MP/SP, 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.10.PDF. Acesso em: 06. Ago. 2019.

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

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 466.343- SP. Pleno. Relator Min. Cezar Peluso. Brasília, 22 de novembro de 2006. Informativo do STF nº 449. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info449.asp>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. **STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois**. 29 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>> Acesso em: 01 ago. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 87.585-TO. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 527 - Direito das pessoas LGBTI. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340513402&ext=.pdf>
Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo=>. Acesso em: 06 ago. 2019.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal 2ª Região**. Recurso de Habeas Corpus 172/RJ (Proc. Originário: 2003.51.09.001161-1). Desembargador Relator: Paulo Espírito Santo. Julgado em 13 de outubro de 2004. Disponível em: <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886626/recurso-em-habeas-corpus-rchc-172-20035109001161-1> Acesso em: 31 jul. 2019.

CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. **Derecho Procesal Constitucional**. Colombia: VC Editores Ltda, 2015.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. **El control de convencionalidad: análisis de derecho comparado**. Vol. 9, São Paulo: Revista Direito GV, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/21451/20208>. Acesso em 26 jul. 2019.

Conseil constitutionnel de France. **Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975: Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1975/74-54-dc/decision-n-74-54-dc-du-15-janvier-1975.7423.html>. Acesso em: 17 jul. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú**. Sentencia de 30 de maio de 1999. Mérito, Reparações e Custas. Serie C. no. 52.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso La Cantuta vs. Peru**. Sentença de 29 de novembro de 2006. Mérito, Reparações e Custas. Série C, n. 162.

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

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos e relações internacionais**. Campinas: Agá Júris, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed., São Paulo: Saraiva 2013.

REZEK, J.F. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 104.

SANTOS, Lucas Octávio Noya. **Justiça de transição: A dissonância entre o ordenamento interno e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - UENP/Campus Jacarezinho/PR, 2018. Disponível em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/11011-lucas-octavio-noya-dos-santos/file>. Acesso em: 31 jul. 2019.

SOUZA, André de Souza. **Barroso manda transferir mulheres trans presas para unidades femininas**. São Paulo: O Globo, 2019. <https://oglobo.globo.com/sociedade/barroso-manda-transferir-mulheres-trans-presas-para-unidades-femininas-23766594>. Acesso em: 30 jul. 2019.

TRINDADE, Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Juspodivm, 2018.

TRTSP. **Convenção Nº 154 Convenção Sobre o Incentivo à Negociação Coletiva- Adotada em Genebra, em 19 de junho de 1981**. Disponível em: Acesso em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_154.html#154 01 ago. 2019.

TST. **Correção parcial ou reclamação correicional (88) nº 1000393-87.2017.5.00.0000 requerente: sociedade de educação Ritter dos Reis LTDA. e outros** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ministro-tst-garante-demissao-coletiva.pdf> Acesso em: 01 ago. 2019.

UREÑA, René. **Proteção Multinível dos Direitos Humanos na América Latina? Oportunidades, desafios e riscos**. In: *Proteção Multinível de Direitos Humanos*. REDE - DHES, 2014.