**Grupo de Trabalho: Controle de Convencionalidade**

**A APLICAÇÃO DADA À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA NO CONTEXTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Palavras-chave:** Direitos das crianças; Recepção de tratados; Supremo Tribunal Federal.

O texto constituinte instaurado em 1988 foi um ponto de virada para o Brasil no que tange à relação entre o império da lei, a garantia de direitos fundamentais (mais comumente chamados de direitos humanos no âmbito internacional a proteção) e sua conseguinte manutenção e proteção. Isto se deve à elevada importância dada pela Constituição a esta classe de direitos, traduzida na imposição diversa de mecanismos para resguardar tais prerrogativas. É preciso dar enfoque ao dispositivo interessante a essa exposição, que se encontra no § 2 do artigo 5º onde é estipulado: “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”, o que torna este parágrafo tão inovador no contexto legal nacional é a não taxatividade imposta por ele e, sua consequente, abertura para direitos advindos dos tratados ratificados no Estado, ou seja, ele transformou esses acordos internacionais em ferramentas efetivas para salvaguarda do direitos humanos dentro do direito interno. Além desta ocorrência faz se necessário, ainda, mencionar a Emenda Constitucional 45, que fez elucidar a hierarquia de tratados no Brasil, isto é, tratados de direitos humanos aprovados pelo quórum exigido por emenda constitucional serão caracterizados como norma do texto fundamental, ao passo que tratados da mesma espécie que não conseguirem os requisitos de aprovação tomam caráter supralegal, mas infraconstitucional.

O sistema de internalização de tratados no Brasil assume um posicionamento dualista moderado, o que quer dizer que o Estado preza pela separação entre a esfera nacional e a esfera internacional sem que estas interfiram nos assuntos referentes a cada uma, mas a moderação vem a fim de atenuar o aspecto protecionista dessa corrente, logo, após a ratificação e seguinte publicação, o tratado é inserido dentro da legislação interna, porém até o final deste rito é como se ele não tivesse efetividade nem capacidade de concorrer com as normas domésticas (VARELLA, 2019, p.102)

Em face do disposto, o presente trabalho tem como tema a utilização da Convenção sobre os Direitos da Criança pelo Supremo Tribunal Federal, mais especificamente, tem enfoque na problemática de que, mesmo após a recepção no ordenamento interno, o emprego desse mecanismo internacional seja no mínimo insuficiente e até desacertado. Pretende ainda classificar a postura da Corte superior quanto à aplicação desse tratado em suas decisões, com bases firmadas na teoria originalmente criada pela professora Vicki C. Jackson (2010), que define uma classificação em 3 espécies de abordagem dessa utilização – resistente, convergente ou engajada – nos moldes adaptados por Breno B. Magalhães et al. (2017), para a análise de decisões do STF. Dentro deste objetivo maior, também espera-se averiguar a extensão da argumentação, além de considerar se abordagem escolhida foi a melhor forma de aproveitar o texto da convenção. A pesquisa tem perspectiva qualitativa de natureza aplicada, é exploratória descritiva e se utiliza de levantamento bibliográfico. As decisões a serem analisadas datam do período de 2016 a 2020 e foram coletadas mediante uso da ferramenta de pesquisa jurisprudencial do site do STF[[1]](#footnote-1), através da busca do termo “convenção sobre os direitos da criança” foi possível encontrar 6 julgados de tribunal pleno que se encaixassem nos requisitos, são eles: ADI 2404, ADI 4439, RE 888815, ADI 6039 MC, ADI 5938 e ADI 6327 MC-Ref.

Antes de iniciar o estudo das jurisprudências de fato, é preciso clarificar os conceitos orientadores desse exame. A postura resistente se materializa de diferentes maneiras, como o silêncio ou a indiferença aos tratados, mas ela atinge sua forma mais complexa na argumentação ratificadora, que utiliza-se do tratado apenas como ferramenta para dar suportes a argumentos já construídos em bases constitucionais. A posição convergente coloca os tratados em uma esfera de alta hierarquia e uso frequente, além das normas constitucionais serem colocadas sob os parâmetros de adequação ao direito internacional. Por fim, a última postura, a engajada, representa muito mais um diálogo entre mecanismos de ambos os planos, a fim de decidir qual regra possui melhor aplicação diante das circunstâncias (UCHOA; BEMERGUY; MAGALHÃES, 2017, p.36-37). A partir disso, será feita uma breve exposição de cada uma das jurisprudências.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 2404 (2016) foi proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro e tinha como objetivo declarar inconstitucional o art. 254 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por conta deste estipular punição na forma de multa para programação exibida em horário diverso do autorizado. O relator, ministro Dias Toffoli, argumenta que, apesar da Constituição abrir espaço para ponderar a liberdade de expressão e a proteção da criança e do adolescente, isso não permite que tal tópico assuma uma postura obrigacional e não recomendatória. Todo o restante da corte seguiu a posição do relator, dando procedência à ação. O ministro Edson Fachin faz uso da convenção, mediante citação do art. 17 em seu voto, de maneira a dar subsídio ao que foi estabelecido pelo art. 227 da constituição, pois este dispositivo do tratado define a função do Estado de propiciar acesso aos meios de comunicação para as crianças, em especial a informações que sejam benéficas ao seu bem-estar.

Seguindo com a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.439 (2017) foi iniciada pela Procuradoria-Geral da República e buscava revogar o artigo 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o artigo 11, § 1º do “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, por abrirem permissão ao ensino religioso nas escolas. A ação terminou por julgada improcedente em decisão acirrada (6x5). O ministro Gilmar Mendes faz menção ao tratado e seu art. 14 – que dispõe sobre a liberdade dos pais para orientarem seus filhos quanto ao exercício da liberdade religiosa – como forma de legitimar a oferta do ensino religioso confessional, tendo em vista que, apenas dessa maneira, estariam garantidos os direitos prezados pela convenção.

O recurso extraordinário 888.815 (2018) foi imposto contra uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que não reconheceu a possibilidade da modalidade do *homeschooling* para o recorrente. O relator ministro Luís Roberto Barroso fez tese positiva ao provimento da ação, por considerar que a prática teria compatibilidade com as diretrizes constitucionais, porém, com exceção do ministro Edson Fachin, os outros ministros não seguiram o relator e o recurso terminou improcedente. O ministro Fachin faz referência a dois artigos da Convenção sobre os Direitos da Criança: seu art. 29, que dispõe sobre os princípios orientadores da educação, no sentido de provar que a experiência escolar vai além do ensino formal, ressaltando seu papel socializador e seu art. 18, que estipula o pressuposto parental de desenvolver a educação, com o intento de demonstrar que, mesmo diante dos benefícios do sistema tradicional, cabe ao Estado dar suporte aos pais para que decidam a maneira que querem educar seus filhos.

Prossegue-se com a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.039 (2019), requerida pela Procuradoria-Geral da República em contestação ao parágrafo 3º do art. 1º da lei 8.008/2018 do estado do Rio de Janeiro: “sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher, exceto em caso de menor de idade do sexo feminino, que deverá ser, obrigatoriamente, examinada por legista mulher”. O relator, ministro Edson Fachin, afirmou que a lei tinha fim de proteger as vítimas de estupro na perícia, porém, estava colocando entrave ao prosseguimento de diversas investigações, por isso, defendeu que a lei seja cumprida, contato que não atrase ou prejudique o prosseguimento do processo; a matéria, no geral, foi seguida pelo restante dos ministros, tendo cada um disposto sua visão específica da suspensão. O relator se utiliza do art. 39 da convenção (aborda a proteção devida que o Estado deve dar a vítimas de abandono, exploração ou abuso) para demonstrar que o dispositivo objeto da ADI impedia o cumprimento dessa obrigação.

A ação direta de inconstitucionalidade 5.938 (2019), proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, julgava trechos da CLT incluídos na última reforma trabalhista que permitiam que trabalhadoras grávidas e lactantes desempenhassem atividades insalubres em certas hipóteses. O relator, ministro Alexandre de Moraes, estabelece que claramente este dispositivo fere garantias constitucionais, tanto da mãe quanto da criança, o que foi seguido pela grande maioria dos ministros e findou na declaração de legitimidade da ação. A ministra Rosa Weber se utiliza do texto do tratado em seu voto, por meio de seu artigo 24, o qual atesta o direito da criança desfrutar dos melhores padrões de saúde – inclusos o pré e pós natal – de maneira a corroborar com a tese já estabelecida da não recepção dessa norma com a Constituição.

Por fim, o referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.327 (2020), requerida pelo partido Solidariedade, para que fosse reconhecida como data início da licença maternidade a data da alta da mãe ou do recém-nascido. O relator, ministro Edson Fachin, apontou que, mesmo que os bebês demandem maior atenção após a saída do hospital, o tempo da licença é descontado no período de internação, causando prejuízo, principalmente em casos que se prolonga. Por isso, a maioria dos votos abrigou essa tese e o tribunal decidiu pelo provimento da medida, restringida a casos mais gravosos, onde essa internação se posterga. O relator faz alusão ao artigo 24 da Convenção sobre os Direitos da Criança, como na decisão supracitada, com o propósito de demonstrar que os pressupostos da saúde do recém-nascido também possuem suporte em mecanismos internacionais.

A partir do disposto, é possível aferir, em uma análise superficial, que o Supremo Tribunal Federal não faz uso da Convenção Sobres os Direitos da Criança com frequência. Dentro de um período de 5 anos foi possível encontrar 6 acórdãos do tribunal pleno onde ocorreu citação do tratado, mas é evidente que estes não eram os únicos casos do tribunal onde sua aplicação seria possível, se constituindo em ferramenta raramente empregada. Ademais, para adicionar ao quadro já não muito animador, é preciso frisar que o texto do tratado foi colocado em uso pelo ministro Edson Fachin em metade das decisões analisadas, o que mostra que o panorama de aplicação da convenção dentro da corte está longe de ser uniforme.

Nessa mesma esteira, agora entrando na matéria problema deste texto, após a leitura das jurisprudências, se torna perceptível que o STF assume postura resistente de aplicação da convenção. No que tange ao papel que ele assume nas teses dos ministros, sempre que é feita menção da convenção no voto, isso acontece após um embasamento já feito em algum dispositivo constitucional, ou seja, o tratado está ali de maneira a validar uma tese já construída, não sendo seu elemento estruturante. Tal abordagem reforça que, mesmo que eles “façam parte” do ordenamento jurídico, não apenas seu uso é limitado, como sempre subordinado à Constituição. A interpretação dos direitos humanos é ferramenta fundamental para efetivação deles mesmos, contudo, teses como a sustentada pelo ministro Gilmar Mendes na ADI 4.439 demonstram uma espécie de desvio desse propósito, tendo em vista o emprego de um artigo da convenção que trata da liberdade religiosa com o fim de legitimar a manutenção de um ensino religioso que inclua apenas uma doutrina, ignorando o espectro religioso diverso do Brasil. Também é preciso acrescentar que, tendo sido considerada um tratado de direitos humanos, a Convenção sobre os Direitos da Criança tem caráter supralegal, o que permitiria verificar a invalidade de leis ordinárias tão somente pela não se adequação às normas do tratado, entretanto, esse aspecto, apesar de não ser inobservado, não vai além de alguns parágrafos dos acórdãos da corte. Portanto, constata-se que ainda há um longo caminho de transformação da mentalidade jurídica brasileira para que o direito internacional seja utilizado com eficiência e coerência e assim se construa uma alternativa mais harmônica, em favor da luta em defesa dos direitos humanos.

**Referências**

AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade; RIBEIRO, Mikelli Marzzini Lucas Alves. RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO PÁTRIO E O NOVO ENTEDIMENTO DO STF. **Dat@ venia**, v. 3, n. 1, p. 22-37, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2404 /DF**. Ação direta de inconstitucionalidade. Expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Classificação indicativa. Expressão que tipifica como infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, com pena de multa e suspensão da programação da emissora por até dois dias, no caso de reincidência. Ofensa aos arts. 5º, inciso IX; 21, inciso XVI; e 220, caput e parágrafos, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Relator: Min. Dias Toffoli, 31 de agosto de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259339>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439/DF**. ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. CONTEÚDO CONFESSIONAL E MATRÍCULA FACULTATIVA. RESPEITO AO BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/LIBERDADE RELIGIOSA. IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS. CONFORMIDADE COM ART. 210, §1°, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, CAPUT E §§ 1º E 2º, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL PROMULGADO PELO DECRETO 7.107/2010. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de setembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5938/DF**. DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA A EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 29 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750927271>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.039/RJ**. MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO N. 8.008/2018 (ART. 1º, §3º). VÍTIMAS DE ESTUPRO. MENORES DE IDADE DO SEXO FEMININO. PERITO LEGISTA MULHER. OBRIGATORIEDADE. ALEGA OFENSA À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, I, DA CFRB) E NORMAS GERAIS SOBRE PROCEDIMENTOS EM MATÉRIA PROCESSUAL (ART, 24, XI, DA CFRB). INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA PREVISTA NO ART. 24, XV, DA CFRB. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR OFENSA AO DIREITO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DE ACESSO À JUSTIÇA E AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA PRIORIDADE ABSOLUTA (ARTS. 5º, XXXV, E 227, CAPUT, DA CRFB). SUSPENSÃO DA NORMA DEFERIDA. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. DESDE QUE NÃO IMPORTE RETARDAMENTO OU PREJUÍZO DA DILIGÊNCIA. EFEITOS EX TUNC Relator: Min. Edson Fachin, 13 de março de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 888.815/RS**. CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO. Relator: Min. Roberto Barroso, 12 de setembro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.327/DF**. REFERENDO DE MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI. IMPUGNAÇÃO DE COMPLEXO NORMATIVO QUE INCLUI ATO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO. FUNGIBILIDADE. ADPF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REQUISITOS PRESENTES. CONHECIMENTO. PROBABILIDADE DO DIREITO. PROTEÇÃO DEFICIENTE. OMISSÃO PARCIAL. MÃES E BEBÊS QUE NECESSITAM DE INTERNAÇÃO PROLONGADA. NECESSIDADE DE EXTENSÃO DO PERÍODO DE LICENÇA-MATERNIDADE E DE PAGAMENTO DE SALÁRIO-MATERNIDADE NO PERÍODO DE 120 DIAS POSTERIOR À ALTA. PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA COMO DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS. ABSOLUTA PRIORIDADE DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS. DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR. MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA. ALTA HOSPITALAR QUE INAUGURA O PERÍODO PROTETIVO. Relator: Min. Edson Fachin, 03 de abril de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753031261>. Acesso em: 23 out. 2020.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional Engagement in a Transnational Era**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. Saraiva Educação SA, 2019.

UCHOA, Bruna Fonseca; BEMERGUY, Rafael Cruz; MAGALHÃES, Breno Baía. **A Recepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal (2009-2015) e a Supralegalidade:** o Discurso engajado e a Prática Resistente. In: Antonio Moreira Maués; Breno Baía Magalhães. (Org.). O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Brasil, Argentina, Colômbia e México. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 17-60.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. Saraiva Educação SA, 2017.

1. <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/> [↑](#footnote-ref-1)