

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ADELLE ROJO

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO
BRASILEIRO: DA TEORIA À PRÁTICA**

MARÍLIA
2019

ADELLE ROJO

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO
BRASILEIRO: DA TEORIA À PRÁTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário “Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador: Dr. César Augusto Luiz Leonardo

MARÍLIA
2019

ROJO, Adelle.

O Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro: da teoria à prática; Adelle Rojo; Orientador: Prof. Dr. César Augusto Luiz Leonardo. Marília, SP: [s.n.], 2019.

133 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2019.

1. Controle de Convencionalidade; 2. Direitos Humanos; 3. Poderes da República; 4. Prática; 5. Teoria.

CDD: 341.2



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 656, publicada no D.O.U. de 27 de julho de 2017

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestranda: Adelle Rojo

Título: "O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: DA TEORIA À PRÁTICA".

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Em 18 de fevereiro de 2019, com início às 09:00 horas, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípidos de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Prof. Dr. César Augusto Luiz Leonardo - orientador (Centro Universitário Eurípidos de Marília – UNIVEM), Prof. Dr. Lafayette Pozzoli (Centro Universitário Eurípidos de Marília – UNIVEM) e Prof. Dr. Tiago Cappi Janini (Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP), arguiu a candidata, tendo a examinada sido aprovada, com nota 10,0 (Dez). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

A banca segue a publicação

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. César Augusto Luiz Leonardo (Orientador)
(Centro Universitário Eurípidos de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
(Centro Universitário Eurípidos de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Tiago Cappi Janini
(Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP)

Mestranda: Adelle Rojo

Marília, 18 de fevereiro de 2019.

Lafayette Pozzoli
Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM

Pai e mãe,
dedico a vocês.

AGRADECIMENTOS

De início, aponto que a gratidão ora expressada não se refere exclusivamente à presente dissertação ou ao curso de mestrado em si, mas também à fonte de vida que me foi oportunizada nos últimos vinte e quatro meses.

Além de agradecer, reservo este momento para registrar o meu “sinto muito” por tudo o que deixei de fazer, e assegurar, ao mesmo tempo, que me empenhei ao máximo, nas condições que me encontrei.

Agradeço...

A Deus, acima de tudo.

Aos meus pais, Pedro e Madalena, por absolutamente tudo, desde sempre e para sempre.

Ao Fabrício, por tudo o que fatalmente não sou capaz de descrever.

A todos de minha família e amigos, pela compreensão da ausência.

Ao Programa de Mestrado do UNIVEM e ao Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha” por inteiro, pela fraternal acolhida desde a graduação.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela oportunidade que me foi conferida.

À Coordenação do Programa, na pessoa do professor Lafayette Pozzoli, simplesmente fundamental.

Ao professor César Augusto Luiz Leonardo, que com muita atenção e paciência assumiu minha orientação.

Aos professores Ricardo Pinha Alonso, Juliano Napoleão Barros e Roberto da Freiria Estevão pela orientação, incentivo, apoio e amizade.

Ao corpo docente do Programa de Mestrado do UNIVEM como um todo, pelos valiosos ensinamentos.

Aos colegas de mestrado, sem os quais a caminhada certamente seria mais árdua.

Às companheiras de jornada Leninha, Terezinha (*in memoriam*), Lívia e Taciana, essenciais para cada passo dessa missão.

A todos que de alguma forma auxiliaram na concretização desse projeto, cujo valor pessoal sou incapaz de estimar.

“Estamos irrevogavelmente em um caminho que nos levará às estrelas. A não ser que, por uma monstruosa capitulação ao egoísmo e à estupidez, acabemos nos destruindo.”

Carl Sagan

ROJO, Adelle. **O Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro**: da teoria à prática. 2019, 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2019.

RESUMO

A percepção do controle de convencionalidade como instrumento hábil a colaborar com a efetivação dos direitos humanos implicou na necessidade de se investigar seus reais contornos no Direito brasileiro, uma vez que fundamentais para a sua observância. Assim, propõe-se o exame dos aspectos teóricos do controle de convencionalidade e da maneira pela qual ele se viabiliza na prática, questionando-se, em especial, como ele pode ser implementado nas esferas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da República Federativa do Brasil. A proposta é executada em três grandes blocos. Inicialmente, apura-se a conjuntura que possibilitou o surgimento da teoria e das bases para a sua aplicação. Na sequência, são tratados os elementos teóricos do controle: de um lado, a teoria propriamente dita, e de outro, os parâmetros para o seu emprego. O terceiro momento destina-se a demonstrar a implementação do controle de convencionalidade nas esferas internacional e interna, e dentro desta, especificamente por cada um dos Poderes da República. A pesquisa, caracterizada como qualitativa, descritiva e exploratória, desenvolve-se pelo método hipotético-dedutivo, mediante análise predominantemente bibliográfica e documental. As finalidades da proposta foram alcançadas ao final da abordagem. A partir da análise dos aspectos teóricos do controle de convencionalidade foi possível aclarar a sua aplicação nas atividades judiciária, legislativa e executiva brasileiras. O controle jurisdicional de convencionalidade interno apresenta-se, ao lado da espécie de controle exercida pela Corte Interamericana, como a que (dentro da ainda restrita exploração do tema) mais já foi estudada pela comunidade acadêmica. O exame do mecanismo no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, por seu turno, pouco se verifica. Daí, a necessidade de sua compreensão, de maneira a permitir que os operadores jurídicos alcancem a autonomia necessária para devidamente aplicá-lo e contribuir, ainda que a pequenos passos, na busca da concretização de direitos.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Direitos Humanos. Poderes da República. Prática. Teoria.

ROJO, Adelle. **The Conventionality Control in the Brazilian Law**: from theory to practice. 2019, 133 f. Thesis (Master's degree in Law) – Eurípides de Marília University Center, Teaching Foundation “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2019.

ABSTRACT

The perception of the conventionality control as a skillful instrument to collaborate with the realization of the human rights led to the necessity to investigate its actual boundaries in the Brazilian legal system, since fundamental to its compliance. Therefore, it is proposed the examination of the theoretical aspects of the conventionality control and the way in which it is feasible in practice, questioning, in special, how it can be implemented in the realms of the Executive, Legislative and Judicial branch powers of the Federative Republic of Brazil. The proposition is rendered in three major blocks. First and foremost, it is determined the scenario that has enabled the advent of the theory and the basis for its application. In sequence, it's discussed the theoretical elements of the control: on one side, the theory itself, on the other side, the parameters for its usage. The third stage aims to demonstrate the implementation of the conventionality control in the international and internal spheres, and within this, specifically by each of the Powers of the Republic. The study, characterized as qualitative, descriptive and exploratory, is developed by the hypothetical-deductive method, through predominantly bibliographic and documental analysis. The aims of the proposal were achieved at the end of the approach. Through the analysis of the theoretical aspects of the conventionality control, it was possible to clarify its application in the Brazilian's jurisdictional, legislative and executive activities. The jurisdictional internal conventionality control present itself, alongside with the sort of control exerted by the Inter-American Court, as the one that (within the still restricted exploration of the subject) was the most studied by the academic community. The examination of the mechanism in the scope of the Executive and Legislative branches, in its turn, little is verified. Hence, the need for its understanding, in a way to allow the legal operators to achieve their necessary self-sufficiency to properly apply it and contribute, even if in small steps, in the pursuit of the realization of rights.

Keywords: Conventionality Control. Human Rights. Powers of the Republic. Practice. Theory.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC: Ação Direta de Constitucionalidade

ADEPOL/BRASIL: Associação dos Delegados de Polícia do Brasil

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art.: Artigo

CADH: Convenção Americana de Direitos Humanos

CF: Constituição Federal de 1988

CF/1988: Constituição Federal de 1988

CEDH: Corte Europeia de Direitos Humanos

CIDH: Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

CNMP: Conselho Nacional do Ministério Público

CONTAG: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura

Corte IDH: Corte Interamericana de Direitos Humanos

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

DEC.: Decreto

DF: Distrito Federal

EC: Emenda Constitucional

EUA: Estados Unidos da América

HC: *Habeas Corpus*

IDH: Índice de Desenvolvimento Humano

MG: Minas Gerais

MS: Mato Grosso do Sul

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

OEA: Organização dos Estados Americanos

OIT: Organização Internacional do Trabalho

OMPI: Organização Mundial da Propriedade Intelectual

ONU: Organização das Nações Unidas

OUA: Organização da União Africana

PNDH: Programa Nacional de Direitos Humanos

PNUD: Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

RE: Recurso Extraordinário

RHC: Recurso em *Habeas Corpus*

RJ: Rio de Janeiro

SC: Santa Catarina

SG/OEA: Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos

SIPDH: Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

SP: São Paulo

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TIDH: Tratado Internacional sobre Direitos Humanos

TJ: Tribunal de Justiça

TO: Tocantins

UE: União Europeia

Vs.: *Versus*

§: Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO I – A CONJUNTURA DE DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	15
1.1 Contexto constitucional.....	15
1.1.1 A evolução do constitucionalismo.....	15
1.1.2 O neoconstitucionalismo e a abertura material da ordem constitucional.....	19
1.2 A mudança de paradigma jurídico.....	26
1.2.1 A incorporação dos tratados internacionais no Direito interno.....	26
1.2.2 O <i>status</i> assumido pelos tratados internacionais.....	29
1.2.3 Diálogo entre jurisdições e a questão da soberania.....	37
1.3 Planos de vigência, validade e eficácia das leis.....	42
CAPÍTULO II – BASES TEÓRICAS PARA O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	47
2.1 A teoria do controle de convencionalidade.....	47
2.1.1 Surgimento, definição, efeitos e prioridade de aplicação.....	47
2.1.2 Consequências no âmbito da responsabilidade estatal.....	53
2.1.3 Algumas distinções necessárias e modalidades de controle.....	61
2.2 Parâmetros para a aplicação do controle.....	65
2.2.1 Sistemas Internacionais de Proteção de Direitos e documentos produzidos.....	65
2.2.2 O produto da atuação dos órgãos de proteção do SIPDH.....	74
CAPÍTULO III – A PRÁTICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	83
3.1 O controle de convencionalidade pela Corte IDH.....	83
3.2 O controle de convencionalidade no âmbito de cada Poder da RFB.....	92
3.2.1 O controle jurisdicional de convencionalidade.....	93
3.2.2 O controle legislativo de convencionalidade.....	99
3.2.3 O controle executivo de convencionalidade.....	102
3.3 Considerações gerais sobre a prática do controle.....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	126
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS.....	129

INTRODUÇÃO

Há cerca de uma década passou-se a explorar no Direito brasileiro, principalmente no campo da doutrina especializada em Direito Internacional, uma temática que gradualmente vem se destacando nos estudos que envolvem a proteção e a efetivação dos direitos humanos. Trata-se do denominado controle de convencionalidade. É instrumento que comporta, em termos gerais, a ideia da compatibilidade da produção normativa doméstica com determinados parâmetros internacionais de proteção de direitos.

A reflexão a seu respeito, inicialmente voltada a um contexto específico da atuação jurisdicional,¹ somada ao conjunto de diálogos estabelecidos, materiais colhidos, créditos cumpridos e experiências adquiridas ao longo dos meses do curso que se finda, implicou na constatação de que ainda há muito o que ser esclarecido sobre o instrumento de controle em si, bem como quanto ao seu exercício. Com isso, no estágio em que a matéria se encontra, percebeu-se que tão importante quanto a verificação de sua aplicação é a investigação sobre seus reais contornos, teóricos e práticos, uma vez que indispensável para a sua devida observância.

Assim, pretende-se elucidar os aspectos teóricos do controle de convencionalidade e a maneira pela qual ele se viabiliza na prática, questionando-se, especialmente, como ele pode ser implementado nas esferas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da República Federativa do Brasil.

Supõe-se que o trabalho permitirá aclarar a real amplitude (contextual, teórica e prática) do referido instrumento de proteção, mostrando-se relevante para os operadores jurídicos adquirirem a autonomia necessária para o seu exercício.

Desse modo, a importância da pesquisa pode ser notada justamente pelo fato de que o estudo por ela proporcionado servirá de base para a precisa aplicação do instrumento de controle, prática esta que, em última análise, constitui um meio de se aferir a cumplicidade do País com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos,² o que é de extrema seriedade diante das obrigações contraídas pelo Brasil no âmbito internacional, principalmente quando relacionadas aos direitos humanos.

¹ A intenção inicial era examinar a prática do controle exclusivamente em sede de execução penal, e no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal.

² Do qual se extraem a maioria dos parâmetros e no qual é exercido o controle subsidiário de convencionalidade, conforme se analisará ao longo do trabalho.

A preocupação trazida com a atuação dos Poderes da República Federativa do Brasil no cumprimento das obrigações assumidas pelo País revela que a análise colabora com a transformação qualitativa da sociedade e, da mesma forma, aperfeiçoa o funcionamento das instituições nela vigentes, de maneira que, por tudo isso, guarda relação direta com a área de concentração deste Programa de Mestrado (Teoria do Direito e do Estado). Ademais, amolda-se ao campo de exploração específico da linha de pesquisa denominada “Crítica aos Fundamentos da Dogmática Jurídica”, uma vez que envolve o estudo de um instrumento cuja compreensão parte da releitura de determinados conceitos tradicionais da Teoria Geral do Direito e do Estado,³ e seu emprego, de outro lado, permite a ampliação dos meios pelos quais se busca a concretização de direitos, o que também acaba por questionar certos dogmas.

Executa-se a proposta por meio de três grandes blocos, dos quais se originam os capítulos “a conjuntura de desenvolvimento do controle de convencionalidade”, “bases teóricas para o controle de convencionalidade”, e “a prática do controle de convencionalidade”.

Em “a conjuntura de desenvolvimento do controle de convencionalidade”, será enfrentado o exame do conjunto de elementos que possibilitou a emergência da teoria e que permite, da mesma forma, que ela seja viabilizada na prática. Em linhas gerais, tal é feito a partir do estudo do contexto constitucional, que deve englobar aspectos das fases pelas quais já passou ao longo dos séculos, sua hodierna configuração, e uma das consequências que dele decorre, isto é, a noção da abertura material da Constituição. Acredita-se que esta noção será fundamental para compreender a mudança de paradigmas atualmente vivida, cujas particularidades circundam a incorporação de tratados internacionais (especialmente em matéria de direitos humanos) no Direito pátrio. Por fim, o último item do capítulo destina-se a uma breve abordagem dos planos de vigência, validade e eficácia das leis, conceitos que também sofrem influência do contexto apresentado, e que igualmente importam para a compreensão do objeto central da proposta.

O segundo capítulo tem por finalidade, como se deduz da titulação que lhe foi conferida, analisar as bases teóricas do controle de convencionalidade. O objetivo deve ser alcançado por meio da resposta a duas questões principais. De um lado, mediante o esclarecimento de aspectos teóricos que envolvem o mecanismo de controle em si, e de outro, pela apuração dos parâmetros disponíveis para sua aplicação. Quanto à primeira, serão buscadas informações sobre seu surgimento, definição, efeitos que provoca no ordenamento

³ A exemplo do caráter absoluto da soberania.

jurídico interno e, ainda, relativas à responsabilidade do Estado por sua execução, discriminando-se a análise no que toca aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesta mesma senda será realizado um paralelo com outros instrumentos, além de serem explanadas as modalidades que comporta. Relativamente aos parâmetros, por seu turno, a intenção é verificar as bases para o exercício do controle, isto é, aquilo com o que o objeto submetido ao controle pode ser confrontado. Pretende-se, assim, erigir o suporte para a próxima parte da pesquisa.

Verificada a conjuntura que permite a existência do objeto examinado e, num segundo momento, o arcabouço teórico que lhe circunda, ter-se-á base suficiente para defrontar a terceira fase do trabalho, dedicada à exemplificação prática do controle. Nesta etapa, deve-se demonstrar como o controle de convencionalidade é (ou pode ser) aplicado na esfera internacional e interna, e dentro desta, especificamente nas atividades judiciária, legislativa e executiva brasileiras.

Vale apontar que a separação dos itens tal como se encontra serve, sobretudo, para atender aos anseios metodológicos que devem guiar a pesquisa científica, bem como para favorecer a didática que aqui se julga proveitosa também para os trabalhos desse nível acadêmico. Com isso, a divisão encontrada não se presta a cerrar cada um dos itens em pontos isolados, pois entre eles se estabelece uma complementação, conforme será possível conferir no decorrer do trabalho.

Trata-se de uma pesquisa, quanto à abordagem, qualitativa, na qual se busca avaliar, com base no método hipotético-dedutivo, a teoria e a prática do controle de convencionalidade no Direito brasileiro. Não abrange, pois, a técnica de quantificação estatística ou coleta de dados. Quanto aos fins, a investigação é descritiva porque se dedica a descrever a conjuntura que propiciou a emergência do objeto de estudo, os aspectos teóricos que o envolvem e casos práticos que permitem exemplificá-lo. Todavia, também se caracteriza como exploratória, pois, apesar de haver toda uma doutrina sistematizada do controle de convencionalidade e variada produção acadêmica a respeito, a abordagem pretendida explora, ainda que de modo pontual, determinados casos levantados com o intuito de demonstrar o controle na atuação dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo. Quanto aos meios, a pesquisa classifica-se como bibliográfica e documental. Bibliográfica porque encontra base na produção doutrinária e científica nacional e estrangeira, englobando obras jurídicas, periódicos e sítios da Internet. Também possui cunho documental, pois se utiliza de documentos fornecidos, principalmente, pelo meio eletrônico, a exemplo de jurisprudência e

legislação em geral. As informações bibliográficas e documentais tendem a intercalar-se no curso do trabalho, dada sua interdependência.

Por tudo isso, feito o delineamento temático, resta salientar que a pesquisa não pretende de modo algum esgotar o tema, mas sim com ele contribuir, aprimorando reflexões e críticas e, de modo frutífero, o desenvolvimento conjunto da matéria.

CAPÍTULO I – A CONJUNTURA DE DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Conforme apontado, a primeira indagação a ser enfrentada tem por objeto a associação dos aspectos que possibilitaram a emergência do aludido instrumento de controle. Assim, as proposições iniciais que circundam a matéria englobam a análise do contexto constitucional, da mudança de paradigma jurídico, além dos planos de vigência, validade e eficácia das leis.

1.1 Contexto constitucional

Antes de tudo, fundamental apresentar o contexto no qual foram percebidas as condições necessárias para a estruturação do mecanismo que veio a ser denominado controle de convencionalidade. Não se trata de uma análise histórica,⁴ tampouco voltada a esgotar o cenário captado. A intenção é discorrer sobre as características verificadas na ocasião do surgimento do aludido instrumento de controle.

Em primeiro, portanto, será estudado o movimento do qual se originou a mudança de paradigma jurídico responsável pela abertura do ordenamento pátrio para a normativa internacional, sobretudo relacionada aos direitos humanos e, conseqüentemente, para o implemento das bases do controle de convencionalidade. Assim, na sequência, algumas considerações sobre o constitucionalismo e sua evolução.

1.1.1 A evolução do constitucionalismo

Pode-se afirmar que constitucionalismo equivale à nomenclatura utilizada para identificar um movimento de matizes social, política e jurídica destinado a, de um modo geral, limitar o poder do Estado, separando-o e, ao mesmo tempo, resguardando direitos fundamentais, baseando-se, para tanto, na lei (Constituição) escrita. Elucidativos os ensinamentos de Bonavides (2011, p. 80) acerca do conceito de Constituição:

⁴ Desde já vale o alerta para o fato de que a história do controle de convencionalidade não é eleita como parte do presente estudo. Muito embora o trabalho acabe por abranger determinados fatores que ocorreram ao longo da história, isso é feito mais com a finalidade de se realçar as características vigentes no contexto, e não a história em si, como uma sequência de fatos ocorridos ao longo dos tempos. Tal preferência se justifica pela intenção de se conferir um caráter misto à pesquisa, somando-se aspectos pragmáticos e teóricos.

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição.

Há menção de características presentes nas sociedades hebraica e grega da Idade Antiga como antecedentes históricos do movimento. É o caso do processo punitivo aplicado aos autores de propostas legais contrárias aos princípios fundamentais da organização política e social então vigente. Aquele que assim procedesse poderia ser condenado a uma multa, e o projeto de lei ao qual deu origem ter sua votação anulada, ainda que já concluída. Incidindo por três vezes nesse tipo de delito, a pessoa perderia seus direitos cívicos (COMPARATO, 1998). Este tipo de medida pode ser justificado pela visão sustentada na época, pois “na Atenas clássica, a Constituição da pólis era objeto de uma veneração quase religiosa” (COMPARATO, 1998, p. 04).

Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 52) explicam que:

O constitucionalismo e as concepções sobre a Constituição que lhes são subjacentes têm variado bastante ao longo do tempo, influenciadas pelas profundas mudanças sociais, políticas e econômicas que vêm ocorrendo no mundo.

Assim, por meio de uma ligeira observância do passar dos séculos, constata-se determinadas etapas do constitucionalismo, cada qual caracterizada pela predominância de um objetivo primário.

Na Idade Média, a ideia de Estado, intimamente relacionada ao direito natural e aos costumes da época, atribuía ao soberano o objetivo de fazer valer a ordem jurídica divina, à qual estava subordinado o exercício de seu poder. Todavia, os súditos tinham a necessidade de materializar os limites desse poder e, de outro lado, a garantia de seus direitos. Imprescindível, pois, o início da documentação do direito de resistência (TAIAR, 2010). Tal providência foi tomada a partir do surgimento da Magna Carta.

A prática da transformação da tradição costumeira do direito de resistência ao poder estatal em documentos jurídicos se estendeu por diversos países medievais, sendo a *Magna Charta Libertatum*, o documento medieval normalmente citado como o de maior destaque no que diz respeito aos direitos humanos, devido à influência que posteriormente exerceu no direito

constitucional moderno e no reconhecimento dos direitos humanos (TAIAR, 2010, p. 161, grifo do autor).

Em 1215, portanto, a Magna Carta do Rei inglês João I teve por intuito limitar os poderes do soberano e garantir direitos aos ingleses, permitindo, ademais, a introdução da ideia de governo representativo.⁵ Não obstante a proteção visada na época estivesse restrita à elite, ou seja, aos direitos dos barões feudais que, conforme explica Barroso (2010), eram direitos especialmente voltados à propriedade, à tributação e às liberdades em geral, o documento teve sua importância justamente por inserir o objetivo de resguardar direitos, os quais posteriormente foram ampliados às demais classes sociais. Taiar (2010, p. 161–162) acentua se tratar de “[...] uma verdadeira declaração de direitos, reconhecida como o primeiro capítulo histórico-legislativo de um longo processo que levaria ao surgimento do constitucionalismo”. Do mesmo modo, é possível afirmar que a Carta significou incontestável precedente para o futuro regime jurídico dos direitos humanos, porquanto catalogou direitos fundamentais contra o abuso do Poder Estatal (RAMOS, 2017).

O constitucionalismo moderno (Idade Moderna) sobreveio ao período de absolutismo Estatal, até então representado pela união de forças e vontades do governante (monarca) e da Igreja. O quadro que implicou em seu surgimento era configurado pela disputa de poderes entre a monarquia absolutista e a aristocracia parlamentar (BARROSO, 2010). A atividade legislativa precisava atender aos anseios da classe burguesa, cujo crescimento estava impedido pelo domínio da religião e abuso de privilégios pelo clero. Com isso, a limitação do arbítrio estatal mediante a observância de diretrizes normativas tornou-se determinante para a existência da liberdade almejada pelos burgueses (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Canotilho (1993, p. 64) bem explica a mudança:

A ideia constitucional [...] significa a criação de instituições através de lei formal para limitar e controlar o poder político e vincular o exercício desse poder a normas bilateralmente vinculantes para os detentores dos poderes políticos e para os cidadãos [...] A ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa).

⁵ Embora a Carta Magna seja o documento mais citado do período, Taiar (2010) ressalva que outras Declarações da época abrangeram princípios similares, a exemplo Bula Aurea de André II da Hungria de 1222.

As experiências inglesa, norte-americana e francesa, ícones do constitucionalismo moderno, também denominado “constitucionalismo liberal”, permitem a constatação de que este período constitucional foi sustentado pelo princípio da separação dos poderes, pela garantia dos direitos de liberdade e pela inserção da ideia de democracia representativa, voltada a conferir legitimidade ao governo pela população (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012). Exemplos claros são as Constituições dos Estados Unidos de 1787 e da França de 1791, cujos textos, ao incluírem o povo como titular legítimo do poder, serviram de alicerce para conter a arbitrariedade desenfreada do Estado.⁶ Portanto, o constitucionalismo liberal teve seu foco nas liberdades e na separação de poderes.⁷

Como consequência da Primeira Grande Guerra, as necessidades primordiais de resguardo passaram a ser outras, concentrando-se na garantia de direitos mínimos de subsistência. Este foi o principal objetivo do constitucionalismo social, sustentado por um Estado que não podia mais abster-se diante das mazelas sociais oriundas das desigualdades fomentadas também pelo abuso do capital. Surgia, assim, a tarefa de ampliar espaços públicos, regular a atividade econômica e impulsionar políticas estratégicas voltadas, principalmente, à saúde, à educação e à proteção de direitos trabalhistas. Os principais documentos que representam o espírito do constitucionalismo social são a Constituição mexicana de 1917, e a alemã de Weimar, de 1919 (BARROSO, 2010).

A incerteza da eficácia do plano do Estado de bem-estar social na distribuição de riquezas e na gestão da coisa pública provocou o retorno dos ideais liberais. Manifestava-se o neoliberalismo, cujo efeito imediato foi a propagação de políticas com fulcro na abstenção estatal e, conseqüentemente, na desregulamentação, no incentivo ao retorno da exploração econômica e na redução de direitos sociais. O constitucionalismo da época não apontava para a Constituição como uma norma jurídica propriamente dita, mas sim como mera diretriz para a execução das atividades eminentemente legislativas (BARROSO, 2010).

Na linha dos ensinamentos de Barroso (2010), o caráter normativo da Constituição, no sentido da transgressão de suas normas permitir o acionamento do Judiciário para buscar respaldo ao seu cumprimento, apenas foi admitido e propagado ao longo das últimas décadas, sobretudo a partir do segundo pós-guerra, quando restou descabida a dualidade sustentada

⁶ Para Barroso (2010), a Revolução Francesa foi o grande divisor de águas para o surgimento do Estado Liberal, sobretudo pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que dela adveio.

⁷ Fundamental mencionar a influência do iluminismo no período. A pretensão era a reorganização social mediante políticas centradas na garantia de liberdade do homem (burguês), afastando-o das garras do antigo regime (BARROSO, 2010).

pelo cenário liberal entre o público e o privado, ou seja, “ou prevalece o Estado ou a sociedade”. Então, somente em época mais recente emergiu o Estado responsável por colocar a Constituição numa posição central e de supremacia. Este Estado, o Constitucional Democrático de Direito, possui suas raízes na própria sociedade e existe para atender aos seus interesses.

1.1.2 O neoconstitucionalismo e a abertura material da ordem constitucional

A catedrática de filosofia do direito da Universidade de Burgos (Espanha), Nuria Belloso Martín (2014), aponta que os ordenamentos jurídicos dos sistemas democráticos passaram por significativas mudanças que implicaram na gradativa substituição da terminologia Estado de Direito por Estado Constitucional de Direito. Trata-se do deslocamento dos primados da primazia e da reserva da lei, e do controle jurisdicional de legalidade para os primados da reserva da Constituição e do controle jurisdicional de constitucionalidade, respectivamente.

Com efeito, a formação do Estado Constitucional de Direito, ocorrida na Europa ao longo da segunda metade do século XX, e no Brasil após a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), constitui o marco histórico do novo Direito Constitucional, do neoconstitucionalismo. O panorama de seu desenvolvimento foi o segundo pós-guerra, caracterizado pela reformulação da organização política por meio das ideias de centralidade da Constituição e de democracia, e teve como referências a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (Constituição Alemã) e a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951 (BARROSO, 2006).

A filosofia operante no neoconstitucionalismo é o neopositivismo, caracterizado pela superação do legalismo estrito que, grosso modo, identifica o Direito única e exclusivamente com as normas vigentes; confunde legalidade com legitimidade; não explica conceitos indeterminados e tampouco admite lacunas no ordenamento jurídico. A partir desse novel modo de pensar, a Constituição é vista como um processo público aberto e em constante construção, pois abrange, além das normas postas, princípios e valores que lhe integram e permitem um processo interpretativo que lhe atenda (CAMBI, 2011).

Nesse cenário, ética e moral se reaproximam e buscam conviver em prol dos direitos fundamentais, mediante graduação e complementação recíprocas. Assim, o devido entendimento acerca da Constituição e dos direitos fundamentais carece da integração de

qualidades relevantes tanto do positivismo quanto do jusnaturalismo, bem como da superação da defesa de tratamentos isoladamente positivistas ou jusnaturalistas (VALE, 2007).

O neoconstitucionalismo dirige-se ao cumprimento da essência do Estado Democrático de Direito, à medida que busca a efetivação dos direitos fundamentais (CAMBI, 2011). Barroso (2006) aponta que se trata de doutrina caracterizada pela atribuição de força normativa à Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e, ainda, pela elaboração de categorias responsáveis por uma nova maneira de se interpretar a Constituição.⁸

Especificamente acerca do reconhecimento da força normativa da Constituição, essenciais as lições de Hesse (1991, p. 24):

[...] a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever ser (Sollen).

Verifica-se, pois, que certificar essa força constitucional equivale a conceber a Constituição com *status* de norma jurídica, de modo que todo o conteúdo constitucional ganha caráter vinculante, e a imperatividade com a qual se reveste enseja maneira própria de cumprimento no caso de não ser observado (BARROSO, 2006). Introduce-se, assim, a noção de controle de constitucionalidade.

No contexto brasileiro, Sarmiento e Souza Neto (2012) salientam que, apesar de a primeira Constituição republicana (1891) já abranger modalidade de controle de constitucionalidade,⁹ nessa época por aqui ainda não se verificava força normativa, tanto que dificilmente os direitos nela previstos ganhavam implementação prática. Não obstante o quadro atual esteja longe da completa concretização de direitos,¹⁰ dentre as expressivas

⁸ Ressalva-se que a abordagem ora efetuada não pretende abranger todas as características do neoconstitucionalismo que, na doutrina de Barroso (2006), são reunidas em três grandes blocos, quais sejam, o histórico, teórico e filosófico. O foco aqui são as qualidades do plano teórico, uma vez que suficientes para a proposta trabalhada.

⁹ Barroso (2006) explica que é o controle de constitucionalidade incidental (difuso) que existe desde a Constituição de 1891. O controle concentrado (abstrato), por sua vez, surgiu apenas com a Emenda Constitucional n.º 16, de 1965.

¹⁰ Conferir, a respeito, Glasenapp (2018). A distância da completa concretização de direitos pode ser observada, por exemplo, a partir na posição ocupada pelo Brasil no *ranking* 2018 do Índice de

mudanças inseridas pela Constituição de 1988 está a propagação da cultura que a coloca como autêntica norma jurídica, sob o respaldo de jurisdição própria focada em lhe conferir concretude.

É assim que a atividade jurisdicional passa, do mesmo modo, a adquirir novos contornos. Na verdade, trata-se de outra característica do neoconstitucionalismo intimamente ligada à força normativa da Constituição, qual seja, a expansão da jurisdição constitucional. Esta se torna a principal responsável pela concretização do conteúdo constitucional. Portanto, a Constituição ganha força e efetividade mediante a atuação acentuada de um Poder que evolui e faz com que reste superada a percepção até então sustentada de documento de mera orientação política.

Deveras, da mesma maneira que aos demais Poderes da União previstos no artigo 2º da CF/1988,¹¹ ao Judiciário também cabe a tarefa de agir no sentido de resguardar os fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como de satisfazer seus objetivos, disciplinados ao longo dos incisos dos artigos 1º e 3º da CF/1988, respectivamente.¹²

Considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso no artigo 5º, XXXV, CF/1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, a ocupação deste Poder da República jamais pode se furtar da obrigação de proteger direitos fundamentais e atuar na sua concretização, uma vez que quando a Constituição se comprometeu a assegurá-los, “[...] orientou para uma atuação mais enérgica do Poder Judiciário, especialmente nos casos de omissões dos demais Poderes” (CAMBI; PEREIRA, 2014, p. 04).

Quanto à terceira característica do neoconstitucionalismo, a nova interpretação constitucional, pode-se afirmar que assim como a expansão da jurisdição constitucional, ela surge como consequência da força normativa atribuída à Constituição, o que para Barroso

Desenvolvimento Humano (IDH), elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) da ONU: 79ª posição, de um total de 179 países (IDH, 2018).

¹¹ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político” [...] “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

(2006) equivale a uma decorrência natural do entendimento de que as normas constitucionais também são normas jurídicas. As lições do autor (BARROSO, 2001, p. 72) são precisas:

As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando.

Portanto, a partir do momento que se compreende que a Constituição se traduz em uma espécie de norma jurídica e, por esse motivo, que seus dispositivos carregam os atributos próprios de qualquer outra norma, é razoável que se entenda que ela também se submete à clássica exegese.

Barroso (2006) explica que dentre os atributos que revestem a categoria “norma jurídica” encontram-se justamente as tradicionais formas de solução das divergências normativas, ou seja, os métodos de interpretação gramatical, sistemático, histórico e teleológico.

André Franco Montoro (2005) é claro ao elucidar os métodos de interpretação gramatical, sistemático e histórico. Para o autor, a interpretação gramatical ou filológica é baseada no significado da letra da lei, bem como na função gramatical por ela trazida, o que pode implicar em melhorias na redação prevista, inclusive. A interpretação (lógico) sistemática se dá por meio da observação do sistema no qual a lei é inserida, visando ao estabelecimento de uma relação com os demais elementos da própria lei, com o campo do Direito trabalhado e, ainda, com o ordenamento jurídico como um todo. A interpretação histórica, por sua vez, identifica aspectos relacionados ao processo de formação e elaboração de determinada lei, a exemplo dos trâmites percorridos até a sua publicação, das eventuais influências estrangeiras para a sua edição e do contexto vivido no País quando de seu surgimento. Quanto ao método teleológico, Lafayette Pozzoli (2001, p. 171) ensina que “[...] afirma-se ao processo que dirige a interpretação conforme o fim colimado pelo dispositivo, ou pelo direito em geral”.

Todavia, a interpretação constitucional precisa ir além, porque há invariavelmente “a necessidade de uma hermenêutica capaz de concretizar os compromissos assumidos pelo constituinte, em consonância com os anseios dos mais diversos setores da sociedade, sem, contudo, acarretar a exclusão de minorias pela maioria” (CAMBI; PEREIRA, 2014, p. 03). A

atuação do Judiciário, nesse sentido, viabiliza-se mediante a libertação de formalismos jurídicos e, ao mesmo tempo, com a ponderação necessária para se evitar o que Eduardo Cambi (2012, p. 89) chama de “espaço fértil dos voluntarismos e decisionismos da Jurisprudência dos Valores”.

A integração entre regras e princípios apresenta-se fundamental no contexto.

A existência de regras e princípios [...] permite a descodificação, em termos de um <<constitucionalismo adequado>> [...] da estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente de regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Conseguir-se-ia um <<sistema de segurança>>, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto [...] não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta [...] O modelo baseado exclusivamente em princípios [...] levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do <<possível>> fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema (CANOTILHO, 1993, p. 168).

Logo, no neoconstitucionalismo existe a necessidade de descodificação da noção de um sistema composto por apenas uma espécie normativa, pois agora se fala numa sistemática aberta, na qual regras e princípios precisam coexistir.

Dentre as características da nova interpretação constitucional, portanto, evidencia-se o caráter normativo dos princípios. Nesse ponto, vale o registro do cuidado que demanda ser empregado quando de sua aplicação, uma vez que, como normas abertas, os princípios tendem a encaminhar o intérprete à arbitrariedade, o que certamente prejudica o objetivo da interpretação realizada que, de acordo com Cambi, consiste em extrair o melhor sentido do sistema constitucional. Nas palavras do autor (CAMBI, 2012, p. 92), “Toda exegese deve buscar ‘o’ melhor sentido a ser extraído do sistema constitucional”.

Segundo Barroso (2006), as alterações na interpretação também abrangem cláusulas gerais, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação jurídica. O ministro define cláusulas gerais como conceitos jurídicos indeterminados que permitem que o intérprete exerça sua tarefa a partir de um significado original, mas que também considere as peculiaridades, ou melhor, as condições objetivas e subjetivas presentes no caso concreto. Na prática, os conflitos entre princípios e direitos fundamentais encontram solução, por exemplo, no método da ponderação.

A técnica da ponderação é um recurso que pode abranger normas, bens ou valores, e que mediante concessões recíprocas objetiva uma interpretação capaz de conservar o maior significado possível de cada objeto confrontado. Caso a coexistência não seja factível, prevalecerá a norma, bem ou valor que melhor retrate a vontade do texto constitucional. Para tanto, sublinha-se o dever de fundamentação das decisões judiciais (controle da racionalidade das decisões proferidas), sobretudo nas hipóteses que comportam mais de uma solução, pois está em evidência a atividade criativa do juiz/tribunal (BARROSO, 2006).

Finalmente, quanto à argumentação jurídica, diversas teorias a ela se dedicam. Partindo desse pressuposto e levando em consideração a complexidade na definição dos parâmetros para seu desenvolvimento, Barroso e Barcellos (2003) identificam três critérios que predominam na doutrina dedicada ao tema, quais sejam, ter condições de apresentar os fundamentos normativos que lhe sustenta, possibilitar a universalização dos preceitos adotados quando da decisão, e o conjunto de princípios instrumentais e materiais de interpretação constitucional.

Pelo conteúdo exposto, observa-se a imprescindibilidade da nova interpretação constitucional para a própria legitimidade das soluções judiciais que envolvem valores fundamentais. “Fora, portanto, da esteira metodológica da Nova Hermenêutica e sua constelação de princípios extraídos do texto da Lei Maior, não se logra a legitimidade das soluções constitucionais” (BONAVIDES, 2004, p. 140–141).

Nessa toada, por fim, assinala-se que em tempos de neoconstitucionalismo também há o incremento da atividade interpretativa do Judiciário, por meio de outro componente de ímpar importância. Refere-se, aqui, à integração dos tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico interno.

Com efeito, na tarefa do intérprete da Constituição ganha relevo a necessidade de embasamento jurisdicional em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em razão da abertura material instalada pela Constituição da República de 1988. É que o processo de redemocratização por ela promovido¹³ implicou na inserção de um extenso rol de

¹³ O professor Ricardo Pinha Alonso (2017, p. 131) observa que “A Constituição brasileira de 1988 trazida à luz como resultado de intensa mobilização popular deflagrada no movimento conhecido como ‘Diretas Já’ repercute, sem dúvida, a opção por um Estado democrático. O sistema democrático é apontado como um dos fundamentos do Estado; um dos seus princípios basilares. Já no artigo 1º, aponta a norma constitucional que o Estado que se inaugura é um ‘Estado Democrático de Direito’, com a expressa afirmação, no correspondente parágrafo único que ‘Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição’”.

direitos e garantias fundamentais no bojo normativo existente e, ademais, inaugurou a possibilidade de reconhecimento e busca de efetividade de outros direitos decorrentes da ordem constitucional. Trata-se da ideia de abertura material da Constituição inserida pelo artigo 5º, § 2º, da CF/1988, a saber: “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” (BRASIL, 1988).

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, expandindo o bloco de constitucionalidade (PIOVESAN, 2012, p. 69).

Desta feita, houve o reconhecimento de “[...] todas as posições jurídico-fundamentais [...], sejam elas expressas ou implícitas, inclusive as previstas no direito internacional convencional” (SARLET, 2012, p. 115), motivo pelo qual o conteúdo abarcado pelos tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil passou a ser incorporado ao Direito interno.¹⁴

A abertura material da Constituição gera efeitos permanentes e envolve todo o ordenamento jurídico, a exemplo da previsão do artigo 13 do *Novo* Código de Processo Civil, segundo o qual: “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte” (BRASIL, 2015).

Portanto, a partir do panorama traçado é possível notar a configuração do constitucionalismo atual, a maneira pela qual ele se expressa na atuação jurisdicional e, ainda, seu reflexo no que toca à previsão de direitos e garantias fundamentais, dada a abertura material da Constituição. Esses são fatores determinantes para contextualizar as mudanças pelas quais passam alguns assuntos relacionados à Teoria Geral do Direito e do Estado e, conseqüentemente, para compreender que o paradigma jurídico estabelecido já não é o mesmo de outrora.

¹⁴ Importantes documentos internacionais em matéria de direitos humanos passaram a ser incorporados ao ordenamento jurídico interno, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 27, e promulgada pelo Decreto Executivo n.º 678, ambos do ano de 1992.

1.2 A mudança de paradigma jurídico

Fala-se, no contexto do neoconstitucionalismo e da conseqüente abertura da ordem constitucional, na gradativa emergência de um novo paradigma jurídico. Na doutrina de Piovesan (2017, p. 190), “é a partir dos diálogos local-regional-global em um sistema jurídico multinível que se vislumbra a emergência de um novo paradigma jurídico”.

Assim, carece de releitura a cultura jurídica latino-americana baseada na Constituição como o documento de mais alto grau no ordenamento jurídico, na interpretação centrada única e exclusivamente no Direito interno (positivado) e, ainda, na estrutura e organização de Estado com enfoque na soberania externa e na segurança nacional (PIOVESAN, 2017).

A seguir serão estudados alguns reflexos, bem assim características deste novo modelo jurídico constatado, dirigindo-se, obviamente, aos fins propostos no presente trabalho.

Para tanto, inicialmente importa assinalar o que Piovesan ensina sobre a matéria. A autora (2017, p. 191) elenca as três principais características do novo paradigma:

a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica [...]; b) a crescente abertura do direito – agora “impuro” –, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo [...] e c) o *human rights approach* (*human centered approach*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a lente *ex parte Populi* [...] (grifo da autora).

Na verdade, é possível afirmar que a releitura de paradigmas da qual se fala abrange, em termos gerais, o relacionamento entre direito interno e internacional. Melina Girardi Fachin (2017) menciona o novo paradigma apontando, justamente, a coexistência entre ordens jurídicas. Apesar de diversas, essas ordens tendem a se coordenar em prol da proteção de direitos.

1.2.1 A incorporação dos tratados internacionais no Direito interno

A respeito do relacionamento entre as ordens jurídicas interna e internacional, o primeiro ponto a ser examinado refere-se à sistemática de incorporação dos tratados internacionais no Direito interno, o que possui relação com o momento em que os tratados

internacionais podem ser aplicados no Direito interno ou, em outras palavras, com o momento em que entram em vigor no País.

Antes disso, todavia, embora não seja objeto da presente dissertação estudar aspectos relativos à teoria geral dos tratados internacionais, a título de esclarecimento é razoável mencionar o processo de formação e celebração dos tratados.

Vale dizer, desse modo, que o processo de transação dos tratados internacionais se trata de um procedimento solene, envolvendo fases exteriores e internas aos Estados-partes. A primeira formalidade refere-se às negociações, mediante as quais o texto é redigido e assinado. Na sequência, verifica-se o referendo (aprovação) parlamentar de cada país que pretende fazer parte do tratado. Após, fala-se na ratificação (adesão), consistente no depósito (troca) do instrumento. Por fim, existe a promulgação e publicação do texto no âmbito interno do Estado signatário. Esta última somente visa complementar o processo de formação do tratado (MAZZUOLI, 2014).

Dito isso, relativamente à incorporação daquilo que foi pactuado entre os Estados negociadores,¹⁵ neste estudo elege-se o entendimento de Mazzuoli (2014), de acordo com o qual, na hipótese de o tratado já estar em vigor no plano internacional, basta a ratificação pelo chefe do Executivo, não havendo a necessidade de promulgação e/ou publicação para tanto.

Assim, a promulgação executiva e a publicação são apenas formalidades que visam lançar ao público interno do Estado parte do tratado o conhecimento sobre a sua existência; “sua ausência não exime, em absoluto, o Estado de responder pelos termos do tratado já ratificado e em vigor” (MAZZUOLI, 2014, p. 94). Não constituem, pois, condições para sua aplicação no país, uma vez que esta já é possível a partir da ratificação e, repita-se, desde que o tratado já esteja em vigor internacionalmente.¹⁶

No Supremo Tribunal Federal, porém, o entendimento é outro. Decidiu-se que a promulgação é requisito para a vigência interna do tratado ratificado e em vigor no plano internacional:

¹⁵ A capacidade para celebrar tratados pertence aos sujeitos do Direito das Gentes. Atualmente, apenas três dos sujeitos do Direito internacional possuem referida capacidade permanentemente: além dos Estados soberanos, a Santa Sé (sujeito do Direito internacional por equiparação) e as Organizações Internacionais intergovernamentais a detém. De modo excepcional, contudo, permite-se aos beligerantes, aos movimentos de libertação nacional e aos Estados dependentes firmarem acordos, fazendo-o, porém, de modo temporário (MAZZUOLI, 2014; REZEK, 2014).

¹⁶ Pode acontecer de um tratado exigir um número mínimo de ratificações para sua entrada em vigor. Assim, até que este número seja alcançado, referido instrumento não vigorará no plano internacional e, conseqüentemente, conforme se viu, tampouco no âmbito interno.

A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) *promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República*, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) *publicação oficial do texto do tratado* e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno (BRASIL, 2000, grifo nosso).¹⁷

Piovesan (2017) explica que tais compreensões refletem, na verdade, as teorias monista e dualista que relacionam Direito interno e internacional. Para a primeira, Direito interno e internacional são partes de um mesmo todo, de uma mesma ordem jurídica, não havendo de se falar em limites entre ambos. Diferentemente, a concepção dualista considera que são duas as ordens jurídicas existentes, “[...] independentes e autônomas: a ordem jurídica nacional e a ordem internacional, que não apresentam contato nem qualquer interferência” (PIOVESAN, 2017, p. 167).

Com isso, o que se pretende dizer é que o paradigma jurídico ora instalado se volta muito mais à teoria monista, reconhecendo, assim, a existência de apenas uma ordem jurídica, na qual em seu ápice se fazem presentes tanto a Constituição quanto os tratados internacionais de direitos humanos.

Fala-se na substituição da tradicional pirâmide jurídica pela figura do trapézio jurídico, “com repúdio a um sistema endógeno e auto-referencial” (PIOVESAN, 2017, p. 191). Portanto, “[...] tende a acentuar-se uma perspectiva monista das relações entre o Direito internacional e o Direito interno, assente na primazia dos valores comuns dos direitos humanos, da democracia, da subordinação ao Direito, da proteção do ambiente, etc.” (MACHADO, 2006, p. 142).

Importa acrescentar que ao lado das tradicionais concepções monista e dualista, também se coloca o denominado pluralismo. Trata-se de teoria que:

¹⁷ Rezek (2014, p. 48) ensina que: “O êxito na Câmara e, em seguida, no Senado, significa que o compromisso foi aprovado pelo Congresso Nacional. Incumbe formalizar essa decisão do parlamento, e sua forma, no Brasil contemporâneo, é a de um decreto legislativo, promulgado pelo presidente do Senado, que o faz publicar no Diário Oficial da União”.

[...] aponta uma crescente interdependência das duas ordens jurídicas, que pode ser observada por meio da existência de normas mistas, que pertencem, ao mesmo tempo, a ambas esferas – nacional e internacional –, o que implica numa colaboração entre elas (VIRALLY, 1998, p. 133, apud MARTINS, 2011, p. 28).

O especialista em Direito internacional Michel Virally admitia, portanto, a colaboração entre Direito interno e internacional, ordens autônomas, mas, ao mesmo tempo, interdependentes (MARTINS, 2011).

1.2.2 O *status* assumido pelos tratados internacionais

Quando se aborda o relacionamento entre Direito interno e internacional, também se faz necessário analisar o *status* ocupado pelos tratados incorporados no Direito interno e, para os fins específicos deste trabalho, o exame do *status* assumido pelos tratados em matéria de direitos humanos.¹⁸

Isso porque, são os tratados relativos a direitos humanos que mais importam quando se fala em controle de convencionalidade, pois no que tange aos tratados internacionais comuns, o instrumento aplicado é, nos ensinamentos de Mazzuoli (2016), o controle de suprallegalidade.¹⁹

Nessa linha, para a devida compreensão do controle de convencionalidade no Direito brasileiro, imprescindível anotar que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem índole e nível constitucionais e, com isso, podem assumir *status* constitucional ou se enquadrarem como normas equivalentes à emenda constitucional.

No primeiro caso, ou seja, quando se fala em tratados sobre direitos humanos com *status* de norma constitucional, refere-se à conclusão a que se chega pela mera leitura do § 2º do artigo 5º da CF/1988, *in verbis*: “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” (BRASIL, 1988).

Assim, todos os tratados que versam a respeito de direitos humanos e sejam ratificados pelo Brasil possuirão *status* de norma constitucional no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que:

¹⁸ Nesse assunto ainda é importante tecer algumas considerações acerca das diferenças existentes entre vigência, validade e eficácia das leis, reservando-se a matéria, contudo, para o item que virá na sequência.

¹⁹ A definição deste tipo de controle se encontrará na sequência do trabalho.

[...] na medida em que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os inclui em seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’ e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional (MAZZUOLI, 2016, p. 105).

Para adquirir esse *status* pouco importa o momento em que se deu a ratificação do tratado, pois ele integra o ordenamento constitucional simplesmente pela matéria que abrange. Fala-se, pois, no conceito de bloco de constitucionalidade.

Entende-se por bloco de constitucionalidade *o conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num dado ordenamento*. Tais normas, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade (SARMENTO, 2016, p. 309, grifo nosso).

De outro lado, os tratados internacionais em matéria de direitos humanos também podem assumir uma posição de equivalência à emenda constitucional. Trata-se da hipótese em que o tratado é aprovado pelo quórum assinalado no § 3º do artigo 5º da CF/1988 (inserido pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004), isto é, pelo quórum exigido para emenda constitucional, a saber, aprovação por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação, conforme previsão do artigo 60, § 2º, da CF/1988.²⁰

Até o momento,²¹ apenas dois²² tratados internacionais foram aprovados (e também já promulgados) na forma do § 3º do artigo 5º da Constituição. O primeiro deles foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (e seu Protocolo Facultativo), assinada em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Sua aprovação e promulgação se deu por meio dos Decretos Legislativo n.º 186, de 2008, e Executivo n.º 6.949, de 2009, respectivamente. Mais recentemente, no ano de 2015, foi ocasião da aprovação do Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência

²⁰ “Art. 60. [...] § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros [...]” (BRASIL, 1988).

²¹ Até a data da impressão da versão final do trabalho, isto é, aos 04 de fevereiro de 2019.

²² São “dois” os enumerados e não “três”, pois pelo fato de o Protocolo que acompanhou um dos tratados ter sido aprovado e promulgado pelos mesmos decretos (legislativo e executivo) que aprovaram e promulgaram o tratado principal, aqui optou-se por considerá-lo como um único para efeitos de contagem.

Visual ou com outras Dificuldades, que foi concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013. Tal se fez pelo Decreto Legislativo n.º 261, de 2015, e a promulgação, por sua vez, pelo Decreto Executivo n.º 9.522, de 2018.

A função do acréscimo do § 3º ao artigo 5º, da CF/1988, foi a de conferir “eficácia constitucional *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucional que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição” (MAZZUOLI, 2016, p. 105).

Há quem entenda, como consequência direta do § 3º, do artigo 5º, que os tratados sobre direitos humanos que não forem aprovados conforme sua previsão (maioria qualificada) terão hierarquia de lei ordinária ou de norma supralegal e, ao mesmo tempo, infraconstitucional. É o posicionamento que vigora no Supremo Tribunal Federal desde o julgamento do RE 466.343–1–SP, em 03 de dezembro de 2008,²³ que versou a respeito da prisão civil do depositário infiel.

[...] desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois *o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.* Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil [...] (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Antes disso, entretanto, o Supremo entendia que os tratados internacionais sobre direitos humanos, assim como os tratados internacionais em matéria comum, possuíam hierarquia de lei ordinária.²⁴ Paralelamente, também havia outras três posições doutrinárias: a que levando em conta a origem internacional dos tratados defendia sua natureza de norma supraconstitucional; a que já opinava pelo *status* supralegal — entendimento do Ministro

²³ Ressalva-se, entretanto, o posicionamento do Ministro Celso de Mello, que no julgamento do referido Recurso Extraordinário e no do HC n.º 87.585–TO, entendeu pelo nível constitucional dos tratados de direitos humanos.

²⁴ Luiz Flávio Gomes (2013) explica que o entendimento não deixou de existir completamente, pois é o aplicado no caso de tratados internacionais em matéria alheia a direitos humanos.

Sepúlveda Pertence, externado no RHC n.º 79.785–RJ —; e a que os considerava de natureza constitucional (RAMOS, 2017).

A partir da corrente atualmente em vigor no STF fala-se na teoria do duplo estatuto dos tratados de direitos humanos, o que significa, justamente, admitir que podem assumir natureza constitucional (se aprovados de acordo com o § 3º do artigo 5º da CF/1988), ou supralegal (caso não aprovados conforme o procedimento exigido para emenda constitucional).

Assim sendo, tomemos como premissa o fato de que no Brasil os tratados de direitos humanos podem ter nível constitucional, ou supralegal, a depender de sua aprovação ter tomado o rito do §3º do artigo 5º da Constituição Federal. No que diz respeito aos que adotaram o citado rito especial, a Constituição é clara ao afirmar que equivalem às emendas constitucionais (DIAS NETO; RIGOLDI, 2018, p. 14).

No entanto, seguindo a linha doutrinária de, por exemplo, Mazzuoli (2016) e Trindade (2006), a proposta da equivalência hierárquica de normas é inaplicável aos tratados com conteúdo materialmente constitucional, pois esses tratados, ratificados pelo País, já possuem *status* de norma constitucional, pouco importando o momento em que ocorreu sua ratificação.²⁵

Para tais doutrinadores, os tratados materialmente constitucionais ostentam *status* constitucional independentemente de sua aprovação pelo quórum qualificado do § 3º do artigo 5º da CF/1988, pois eles comportam um fundamento ético que ultrapassa qualquer pretensão do Estado de enquadrá-los em patamares previamente definidos. Além disso, referida norma nada menciona acerca dos tratados que não são aprovados pelo quórum qualificado, não sendo possível concluir, portanto, que em tal hipótese assumirão *status* de lei ordinária ou de norma supralegal/infraconstitucional.

Assim, partindo-se dessa linha de entendimento, eleita a que melhor atende aos fins da proposta aqui desenvolvida, o tratado internacional estará agregado à Constituição não

²⁵ Vale acrescentar que para Mazzuoli (2016), a aquisição do *status* de norma constitucional também independe do momento da ratificação do tratado, ou seja, se antes ou após a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004. Este também é o entendimento de André de Carvalho Ramos (2017). André Ramos Tavares (2005), por seu turno, aponta duas possibilidades: que referidos tratados permaneçam com o *status* da espécie normativa que promoveu sua internalização, isto é, de lei, ou que passem, automaticamente, a possuir *status* de emenda constitucional, pois ocorreria sua recepção.

apenas sob o viés material, mas também no sentido formal, e este foi o serviço prestado pela Emenda Constitucional n.º 45.²⁶

Na verdade, a distinção (entre os tratados de direitos humanos com *status* de norma constitucional e os tratados de direitos humanos equivalentes à emenda constitucional) resultante da inclusão do § 3º ao artigo 5º da CF/1988 produziu alguns efeitos. São implicações que se resumem, basicamente, na maior amplitude visualizada nos tratados de direitos humanos equivalentes à emenda constitucional.

Mazzuoli (2016) indica três consequências. Para o autor, tais tratados possuem o poder de reforma da Constituição, não podem ser denunciados e, além disso, constituem paradigmas para o exercício do controle concentrado de convencionalidade. Ramos (2017), por sua vez, restringe-se em apontar dois efeitos: a impossibilidade dos aludidos tratados serem objeto de denúncia e o fato de passarem a compor o rol de *clausulas petreas*.

Quanto à primeira implicação do tratado em matéria de direitos humanos ser equivalente à emenda constitucional, isto é, ter o poder de reformar a Constituição, trata-se de decorrência direta da função promovida por qualquer norma legislativa desta espécie: a de, justamente, alterar a Constituição. O inconveniente desse efeito é o risco do tratado com equivalência à emenda conferir menor proteção do que a contida no texto constitucional. Observa-se, a partir dessa constatação, que do ponto de vista da necessidade de integração do ordenamento constitucional, incorporar um tratado de direitos humanos com equivalência à emenda pode ocasionar situação de incongruência normativa, hipótese esta que, se fosse o caso de tratado apenas com o *status* de norma constitucional, restaria afastada pela aplicação do princípio *pro persona* (MAZZUOLI, 2016).

Antes de prosseguir para o segundo efeito dos tratados relativos a direitos humanos equivalentes às emendas, vale abrir um parêntese para explicar o mencionado “princípio *pro persona*”, que constitui, para Mazzuoli (2016, p. 182), “um dos mais notáveis frutos da pós-modernidade jurídica, que representa a fluidez e a dinâmica que devem existir no âmago da questão relativa aos conflitos normativos [...]”. De acordo com Portela (2017, p. 69):

²⁶ Relativamente à matéria “direitos humanos”, além de prever a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico interno com *status* de emenda constitucional, destaca-se, junto com Maués (2013), que a reforma promovida pela Emenda Constitucional n.º 45 também foi responsável por imprimir a adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional (CF/1988, art. 5º, § 4º), bem como por criar o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal para os casos de grave violação de direitos humanos (CF/1988, art. 109, § 5º). No que tange a este último ponto, conferir Brega Filho (2013).

Existe, ainda, a possibilidade de que um conflito envolvendo normas de direitos humanos seja apreciado à luz não da hierarquia dos instrumentos pertinentes, mas do princípio da primazia da norma mais favorável à vítima, também conhecido como “princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo”, “princípio da primazia da norma mais favorável à pessoa”, “princípio da primazia da norma mais favorável”, princípio *pro homine* ou princípio *pro personae*, que determina que, em nome da garantia da dignidade da pessoa humana, deva ser aplicada, num caso concreto, a norma que efetivamente melhor proteja seus direitos.²⁷

Portanto, o princípio *pro homine* (ou *pro persona*) revela que é a norma com maior proteção ao ser humano que deverá prevalecer, uma vez que em determinadas situações, pelo fato de eventual conflito entre normas envolver espécies pertencentes à mesma hierarquia normativa, a aplicação do critério hierárquico obviamente não se prestará a solucionar o impasse.

Acrescenta-se, outrossim, que em matéria de direitos humanos, o eventual conflito entre Constituição e tratados internacionais é apenas aparente, “posto que constituem dois ordenamentos jurídicos *superiores e independentes* mas que se complementam” (GOMES, 2009, p. 13, grifo do autor).²⁸

O segundo efeito gerado pelos tratados sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais diz respeito à impossibilidade de serem denunciados. Ramos (2017) explica que “denúncia” equivale à nomenclatura utilizada para designar o ato pelo qual um Estado externa sua vontade em se desobrigar de um tratado que outrora ratificou. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados²⁹ disciplina o assunto nos artigos 42.2, 43, 44.1, 56.1, 56.2 e 70.2,³⁰ merecendo destaque:

²⁷ Claras também são as lições de Luiz Flávio Gomes (2013) a respeito.

²⁸ As leis passam a ter sua validade condicionada pela dupla compatibilidade vertical material. Havendo antinomia, referida lei será inválida. Caso a lei antinômica seja anterior ao parâmetro analisado, será considerada uma lei “não recepcionada” (para o parâmetro Constituição), perdendo a validade, e revogada/derrogada (para o parâmetro TIDH); porém, se posterior ao parâmetro, será uma lei inconstitucional (para o parâmetro Constituição) e inválida (para o parâmetro TIDH) (GOMES, 2013).

²⁹ Concluída em Viena, em 23 de maio de 1969. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 496, de 2009, e promulgada pelo Decreto Executivo n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009 (com reserva dos artigos 25 e 66).

³⁰ “Artigo 42 Validade e Vigência de Tratados [...] 2. A extinção de um tratado, sua denúncia ou a retirada de uma das partes só poderá ocorrer em virtude da aplicação das disposições do tratado ou da presente Convenção. A mesma regra aplica-se à suspensão da execução de um tratado; Artigo 44 Divisibilidade das Disposições de um Tratado. 1. O direito de uma parte, previsto num tratado ou decorrente do artigo 56, de denunciar, retirar-se ou suspender a execução do tratado, só pode ser exercido em relação à totalidade do tratado, a menos que este disponha ou as partes acordem diversamente[...]; Artigo 56 Denúncia, ou Retirada, de um Tratado que não Contém Disposições

Artigo 43

Obrigações Impostas pelo Direito Internacional, Independentemente de um Tratado.

A nulidade de um tratado, sua extinção ou *denúncia*, a retirada de uma das partes ou a suspensão da execução de um tratado em consequência da aplicação da presente Convenção ou das disposições do tratado *não prejudicarão, de nenhum modo, o dever de um Estado de cumprir qualquer obrigação enunciada no tratado à qual estaria ele sujeito em virtude do Direito Internacional, independentemente do tratado* (BRASIL, 2009, grifo nosso).

Da disposição normativa transcrita é possível verificar que a análise da característica sobre a qual se discorre deve ser somada à incidência da responsabilização internacional do Estado que não observar tal vedação, e isso independentemente da redação do tratado conter dispositivo que permita o ato unilateral em questão.

Pelo conteúdo que os tratados relativos a direitos humanos equivalentes às emendas englobam, eles constituem *clausulas petreas*, assim como os tratados apenas com *status* de norma constitucional.

[...] a partir do momento em que é aberta a possibilidade de que as normas internacionais de direitos humanos adquiram hierarquia constitucional, tais preceitos passam a constar do rol de direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento constitucional e passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser abolidos por meio de emenda à Constituição (PORTELA, 2017, p. 1044).

Essa característica, por si só, já demanda a impossibilidade de denúncia do tratado pelo Estado-parte, pois tal ato “[...] configura risco efetivo de alteração do núcleo insuscetível de reforma da ordem constitucional” (PORTELA, 2017, p. 1044). Para Ramos (2017), por sua vez, a impossibilidade de denúncia dos tratados em matéria de direitos humanos decorre do

sobre Extinção, Denúncia ou Retirada. 1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que: a) se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou b) um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado. 2. Uma parte deverá notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, a sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, nos termos do parágrafo 1; Artigo 70 Consequências da Extinção de um Tratado 1. A menos que o tratado disponha ou as partes acordem de outra forma, a extinção de um, tratado, nos termos de suas disposições ou da presente Convenção: a) libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado; b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado antes de sua extinção. 2. Se um Estado denunciar um tratado multilateral ou dele se retirar, o parágrafo 1 aplica-se nas relações entre esse Estado e cada uma das outras partes no tratado, a partir da data em que produza efeito essa denúncia ou retirada” (BRASIL, 2009).

princípio da proibição do retrocesso, que intimamente se relaciona à noção de mínimo existencial. Com efeito, o Estado possui o dever fundamental de atuar e

[...] promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos, o que, por sua vez, aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição do retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar o mínimo existencial (SARLET, 2009, p. 250).

Todavia, além disso, como equivalentes às emendas constitucionais que são, referidos tratados integram formalmente o texto constitucional e isso reforça ainda mais a impossibilidade de serem abolidos por meio de denúncia, ainda que oriunda de projeto elaborado no âmbito do Congresso Nacional aprovado pelo mesmo quórum qualificado que conferiu a hierarquia de equivalência às emendas aos tratados.³¹ Ocorre que a inobservância dessa vedação gera sequela maior do que a denúncia de um tratado apenas materialmente constitucional, ou seja, apenas com *status* de norma constitucional, uma vez que além do Estado ser responsabilizado no âmbito interno, ele também o será no cenário internacional. Trata-se de impedimento técnico (imposto ao país que ratifica determinado tratado em matéria de direitos humanos) que é afastado relativamente aos órgãos de proteção internacional quando o tratado somente detém o *status* de norma constitucional (MAZZUOLI, 2016). Eis, assim, a segunda implicação provocada pela inclusão do § 3º ao retromencionado artigo 5º da CF/88.

Mas não se esgota aí. A atribuição de equivalência à emenda constitucional aos tratados de direitos humanos também produz o efeito de permitir que eles figurem como parâmetro para o controle de convencionalidade na modalidade concentrada/abstrata, “podendo servir de fundamento para que os legitimados do artigo 103 da Constituição

³¹ Há quem sustente, de outro lado, a possibilidade de denúncia de um tratado de direitos humanos, mas somente para o caso de referido tratado ser substituído por outro que confira maior proteção. É o caso de Portela (2017, p. 1.044): “[...] para garantir a integridade da ordem constitucional e do compromisso internacional do Brasil de proteger a dignidade humana, entendemos que deve ser mantida a possibilidade de o Estado brasileiro denunciar um tratado de direitos humanos, mas apenas para que este seja substituído por outro ato internacional que amplie a proteção da pessoa, atualizando, portanto, o universo jurídico em vista do primado que adquiriu a proteção da dignidade humana”. O autor justifica seu entendimento afirmando que da mesma forma que a denúncia desses tratados viola *clausula petrea* e enfraquece o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, a proibição de tal ato pode impedir que tratados com proteção mais ampla sejam incorporados ao Direito interno e para ele isso equivale, justamente, à violação da primazia dos direitos humanos.

proponham no STF as ações do controle abstrato a fim de invalidar (com efeito *erga omnes*) as normas internas com ele incompatíveis” (MAZZUOLI, 2016, p. 119–120).

Com isso, promove-se uma distinção dos tratados com *status* de norma constitucional. Estes podem servir somente de parâmetro para o exercício do controle difuso de convencionalidade, pois são apenas materialmente constitucionais. Os tratados aprovados com o quórum exigido pelo artigo 5º, § 3º, da CF/1988, de outro lado, servirão de parâmetro para o controle difuso, mas pela equivalência à emenda que possuem, também para o controle concentrado, uma vez que se caracterizam como material e formalmente constitucionais.³²

Desse modo, portanto, um esboço dos possíveis *status* e das correspondentes implicações para os tratados de direitos humanos no Direito brasileiro. Toda a explanação até aqui desenvolvida se deve à abertura material da Constituição e à consequente ampliação do bojo normativo conhecido por bloco de constitucionalidade, características do paradigma jurídico estabelecido.

1.2.3 Diálogo entre jurisdições e a questão da soberania

Neste cenário no qual figuram as Constituições latino-americanas, promove-se, da mesma forma, a interação entre Direito interno e internacional por meio do diálogo. Trata-se de outro notável reflexo da crescente abertura do Direito nacional de um Estado para o Direito internacional dos direitos humanos, traduzido, por exemplo, pelo diálogo entre jurisdições (PIOVESAN, 2017).

Flávia Piovesan (2012) aponta três maneiras pelas quais referido diálogo pode ser revelado: entre jurisdições regionais, entre jurisdições regionais e jurisdições constitucionais e, por fim, entre jurisdições constitucionais. Nesse ínterim, cabível mencionar que o objeto da presente dissertação guarda relação específica com a segunda espécie de diálogo da qual se fala, consoante será possível conferir mais adiante.

³² Permitindo que as autoridades constantes dos incisos do artigo 103, da CF/1988 ingressem com as ações típicas do controle de constitucionalidade para fins de controlar a convencionalidade de uma lei. Art. 103, CF/1988, *in verbis*: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional” (BRASIL, 1988).

Para melhor atender às finalidades do trabalho, também vale discorrer, ainda no cenário das nuances do novo paradigma jurídico, a respeito de uma decorrência direta da substituição do sistema de hierarquização *state approach* pelo sistema *human rights approach*. Trata-se dos atuais contornos da noção de soberania.

Quanto às *notas características* do Estado Moderno, que muitos autores preferem denominar *elementos essenciais* por serem todos indispensáveis para a existência do Estado, existe uma grande diversidade de opiniões, tanto a respeito da identificação quanto a do número. Assim é que Santi Romano, entendendo que apenas a *soberania* e a *territorialidade* é que são peculiares do Estado, indica esses dois elementos. A maioria dos autores indica três elementos, embora diverjam quanto a eles. De maneira geral, costuma-se mencionar a existência de dois elementos *materiais*, o território e o povo, havendo grande variedade de opiniões sobre o terceiro elemento, que muitos denominam *formal*. O mais comum é a identificação desse último elemento com o poder ou alguma de suas expressões, como autoridade, governo ou soberania. Para Del Vecchio, além do povo e do território o que existe é o *vínculo jurídico*, que seria, na realidade, um sistema de vínculos, pelo qual uma multidão de pessoas encontra a própria unidade na forma do direito. Já Donato Donati sustenta que o terceiro elemento é a *pessoa estatal*, dotada de capacidade para o exercício de duas soberanias: uma pessoal, exercida sobre o povo, outra territorial, sobre o território (DALLARI, 2011, p. 78–79, grifo do autor).

Grosso modo, soberania significa o poder de mando de último nível existente em uma sociedade política. Ao promover a relação de sujeição dos indivíduos, constitui qualidade responsável por distinguir essa forma de associação humana de todas as demais. Visa atribuir legitimidade ao poder exercido pela força, transformando-o em poder de direito (BOBBIO, 1998).

Conforme é possível extrair do conteúdo abordado no início do capítulo, precisamente do que foi dito acerca do constitucionalismo, as formas de organização e estruturação do poder variam ao longo da história. Ocorre que essa variação acaba por determinar, da mesma forma, a maneira pela qual a soberania se caracteriza, a exemplo do Estado Moderno, no qual a produção normativa, o exercício da jurisdição e o uso admitido da força no plano interno eram prerrogativas exclusivas do titular do poder (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Com efeito, razoável considerar que as transformações oriundas da globalização³³ também geram impacto na soberania do Estado e, por isso, atualmente já não é mais possível se empregar seu tradicional conceito.

A tendência actual, reforçada pelo processo de globalização, no sentido de o direito internacional regular os mais variados aspectos daquilo que tradicionalmente se chamava *domestic affairs*, confere um alento reforçado às teorias monistas, enfatizando a necessidade de se aprofundar a coerência normativa do direito internacional e do direito interno (MACHADO, 2006, p. 143, grifo do autor).

Até o século passado o Estado soberano era caracterizado, sob o ponto de vista interno, pela pura relação de sujeição a qual os indivíduos a ele pertencentes estavam submetidos. A soberania externa, de outro lado, definia-se por fortalezas cerradas focadas em evitar interferências dos demais Estados. Embora essa dinâmica permitisse a coexistência dos países, o relacionamento estabelecido entre eles variou ao longo dos anos entre períodos de guerra e paz (ZAGREBELSKY, 2011).

O Estado representava um sujeito único, abstrato e capaz de manifestar sua vontade e concretizar ações por meio de seus órgãos, respaldando-se na lei. Entretanto, a ciência política demonstrou a existência de forças (reais) de poder responsáveis por regê-lo e, portanto, determinantes para o Direito e para a noção de soberania em vigor. Zagrebelsky (2011, p. 11) explica que “A soberania estatal era assim o ponto de partida e de chegada deste direito, o critério de sentido e orientação de todos os seus elementos”.

Em tempos recentes, aludida ideia não merece mais prosperar.³⁴ Afirma-se isso em função de uma série de fatores, a exemplo do pluralismo político e social interno, da formação de variados polos de poder atuantes nos cenários político, econômico, cultural e religioso, do progressivo desenvolvimento das ordens supraestatais e, ainda, do maior reconhecimento de

³³ Em termos gerais, a globalização equivale a um fenômeno de profundas mudanças, dentre as quais se destacam: a passagem da fase fordista do capitalismo (na qual vigorava a produção em massa, sindicatos fortes e salário familiar normatizado) para a fase pós-fordista (com a produção voltada para seguimentos do mercado, decadência dos sindicatos e aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho); a transição da sociedade industrial (cuja base tecnológica eram as manufaturas) para a sociedade do conhecimento (cenário da tecnologia de informação); o surgimento de uma ordem globalizada em que os fluxos internacionais desenfreados de capital limitam as capacidades de cada Estado governar (esta substitui a ordem internacional de Estados-nações soberanos) (FRASER, 2002).

³⁴ Para Colombo (2013, p. 233), até mesmo Jean Bodin, em sua tradicional visão já identificava certos limites da soberania: “Bodin não descarta os limites de ação do soberano, isto significa dizer que seu detentor não possui um poder arbitrário porque o soberano está sujeito às leis humanas comuns a todos os povos”.

direitos aos indivíduos,³⁵ cujo resguardo e efetivação se permite buscar junto às jurisdições internacionais (ZAGREBELSKY, 2011).

Significativos são os ensinamentos de Machado (2006, p. 214) a respeito:

[...] superando o conceito de soberania tradicional, o direito internacional dos direitos humanos tem vindo a enfatizar a consideração do indivíduo como *unidade primária e sujeito por excelência* do direito internacional. Esta doutrina obriga a superação do entendimento tradicional da soberania, que caracterizou o *modelo de Vestefália*, alicerçado na noção de controlo interno e actuação externa, em que a soberania estadual era uma espécie de equivalente internacional da autonomia individual (grifo do autor).³⁶

Então os clássicos contornos da soberania não se mostram mais suficientes para atender às demandas do cenário mundial globalizado. Em prol dos direitos do homem, fatal a reformulação do conceito, uma vez que “o principal entrave à proteção efetiva dos direitos humanos na arena internacional, constantemente enunciado, relaciona-se à soberania [...]” (TAIAR, 2010, p. 295). Promove-se, pois, a abertura do Direito do Estado tradicionalmente concebido e, por consequência, do próprio conceito de soberania nele imerso.

Nesse quadro, passa-se a falar na soberania como responsabilidade. Machado (2006) explica que a soberania assim definida demanda que o Estado se submeta à carga valorativa internacional de proteção dos direitos humanos. Essa postura gera reflexos diretos no caráter ilimitado do Poder soberano que aparenta subsistir no plano interno, uma vez que o Estado se

³⁵ Típicos exemplos de instrumentos que iniciaram o processo de reconhecimento de direitos são a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta das Nações Unidas. Ferrajoli (2002, p. 39–40) assinala que tais documentos provocaram alterações significativas na esfera normativa (pelo menos nesse plano) da ordem jurídica mundial e, com isso, “a soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordinam juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos”.

³⁶ A chamada Paz de Westfália foi responsável por reconhecer, pela primeira vez, a soberania dos Estados envolvidos nos tratados assinados (DALLARI, 2011). Todavia, a lógica dessa soberania era a de que os Estados tinham poder absoluto dentro de suas fronteiras, independentemente dos outros países. Galvão e Calheiros (2016) explicam que essa ideia passou a ser flexibilizada a partir da constatação da desigualdade fática entre os Estados e do transnacionalismo. Nas palavras das autoras (2016, p. 196): “Os principais fatores que concorreram nessa flexibilização da Lógica de Westfália foram a desigualdade de fato entre os Estados e o transnacionalismo. O primeiro assegurou as condições necessárias à crescente cooperação intergovernamental, enquanto o segundo evidenciou que as relações já não ocorreriam com exclusividade através dos canais diplomáticos, mas, também, pela mediação de instituições multilaterais. A necessidade de regulamentar as relações entre os Estados decorre do reposicionamento do ser humano na centralidade dos debates sociais. No âmbito jurídico, esse movimento pode ser encabeçado pelo princípio democrático e pelo princípio da dignidade humana, este bastante trabalhado na doutrina brasileira. O princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais nasce do direito internacional construído na primazia das normas de direitos humanos situadas no núcleo duro e no *jus cogens*”.

torna responsável por atuar em plena consonância com o resguardo de direitos. Fora disso não haverá critério de legitimação do Estado que se coloca como Democrático de Direito, inclusive.

Mazzuoli (2002, p. 173), de outro lado, defende a redefinição da soberania a partir da ideia de cooperação internacional dos Estados: “Um novo conceito de soberania, afastada sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa comunidade e num sistema internacional como um todo”.

Essa concepção torna implacável a menção da teoria do Estado Cooperativo de Peter Häberle, segundo a qual o Estado (Constitucional) se constrói por meio do auxílio recíproco com outros Estados, comunidades de Estados e Organizações Internacionais.³⁷ Sem abandonar sua identidade, ele incrementa sua organização e aparelhamento internos, reunindo processos e competências próprias. Ao mesmo tempo, utiliza-se da estrutura do Direito internacional comunitário e assume compromissos com outros países. Possibilita-se, assim, a transformação conjunta do Estado Constitucional e do Direito internacional, cujo principal resultado expressa-se na substituição do dogma da impermeabilidade das fronteiras pela consciência de que a cooperação entre os Estados é pressuposto para a existência de cada um como Estado Constitucional. Consequentemente, restam afastadas as vertentes individualistas, agressivas e egoístas que podem permear o Estado (HÄBERLE, 2007).

De qualquer modo, relevante sublinhar que a proposta de reformulação conceitual se trata de uma mitigação da soberania e não de sua eliminação. Apesar de relativizada, ela ainda permanece como aspecto básico tanto no Direito internacional quanto no interno. A releitura que dela se faz em prol dos direitos humanos não implica, em definitivo, na abolição da figura estatal que organiza juridicamente determinada comunidade política.³⁸ Na verdade, a existência de um Estado suficientemente forte é condição para a garantia e concretização dos direitos do homem e, portanto, para o cumprimento dos propósitos hodiernos da soberania (MACHADO, 2006).

Essa análise resta melhor compreendida se forem observados os aspectos qualitativo e quantitativo do atributo do Estado em tela. Emerson Garcia (2009) ensina que a dimensão

³⁷ A percepção da justiça em Kant já apontava para o dever mútuo de preservação em matéria de direitos humanos. O respeito devido a cada ser advém da natureza humana que o compõe, o que implica na sua racionalidade e, portanto, na sua capacidade de fazer escolhas e se autodeterminar (SANDEL, 2012).

³⁸ Assim, permanece o reconhecimento de características da soberania, a exemplo da igualdade, da capacidade jurídica e independência dos Estados, entre si e diante dos outros sujeitos do Direito internacional (GARCIA, 2009).

qualitativa refere-se à capacidade do Estado instituir-se como poder supremo e independente, isto é, como fundamento ou essência. Já o aspecto quantitativo traduz o conjunto de todas as prerrogativas inerentes àquele poder supremo e independente. Destarte, “mesmo nos casos em que determinados poderes inerentes à noção de soberania sofram limitações, de maior ou de menor amplitude, não será correto falarmos em supressão da própria soberania” (GARCIA, 2009, p. 11).

Assim, a relativização da qual se fala, apesar de implicar em mudanças na soma das faculdades por ela englobadas, não atinge a essência da soberania e é justamente isso que permite a sua compatibilização com a promoção dos direitos humanos.³⁹

Não obstante, “[...] na prática percebe-se a falta de mecanismos de acesso disponíveis aos sujeitos desses direitos. Essa situação é um indicativo de que chegou o momento de se transformar o discurso abstrato em investigação no mundo dos fatos” (TAIAR, 2010, p. 297). Com efeito, a mudança precisa necessariamente ultrapassar a teoria, “[...] deve encontrar ressonância no plano da realidade, legitimando a adoção de medidas para salvaguardar aqueles que tenham seus direitos básicos e essenciais violados pelo próprio Estado de que são nacionais” (GARCIA, 2009, p. 48).

Supõe-se que a aplicação do controle de convencionalidade pode colaborar com essa tarefa, permitindo, justamente, que a soberania — nos moldes em que atualmente é compreendida — seja exercida em favor da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos. Entretanto, antes do exame do controle de convencionalidade propriamente dito, ainda é necessário abordar um terceiro ponto.

1.3 Planos de vigência, validade e eficácia das leis

Assim como as duas etapas anteriores, a terceira fase a ser vencida também guarda estreita relação com o objeto principal da presente dissertação. Todavia, dessa vez, a abordagem não se volta tanto aos aspectos que contextualizam o advento e desenvolvimento do controle estudado. Apesar de complementar a base até então alicerçada e de nela se inserir, a análise possui maior relação com os efeitos capazes de serem produzidos pela aplicação do controle de convencionalidade.

³⁹ Rogério Taiar (2010) identifica a ausência de incompatibilidade pela inclusão da proteção de direitos no conceito de soberania.

Como o próprio título aponta, a ideia ora trabalhada gira em torno dos planos de vigência, validade e eficácia das normas jurídicas, cuja distinção e compreensão são buscadas, sobretudo, junto ao italiano Luigi Ferrajoli.

Ressalva-se, entretanto, que a análise não abrange os planos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos, assuntos de ímpar importância nas bases do Direito privado. Aqui o estudo dirige-se aos aludidos planos, mas relativamente à norma jurídica considerada sob o prisma da Teoria Geral do Direito.

Com efeito, Ferrajoli (2004) ensina que em se tratando de um Estado Constitucional de Direito já não é mais possível conceber a validade de uma norma simplesmente pelo fato dela existir. Isso significa que não é porque são devidamente observados os procedimentos legalmente previstos para a elaboração de uma lei (e que possibilitam seu ingresso no ordenamento jurídico) que ela estará revestida de validade, uma vez que não se confundem os planos de existência e validade da norma.

Anteriormente, a Escola Positivista⁴⁰ dirigia-se em sentido diametralmente oposto. Para ela, a validade de uma norma ocorre quando sua edição se dá em conformidade com as regras postas, isto é, em consonância com os procedimentos e regras formais previstas para tanto (RAMOS, 2017).

Verifica-se que a corrente positivista enxerga a validade de uma norma única e exclusivamente sob o aspecto formal, ou seja, sob a conformidade que ela possui com as regras relativas ao procedimento e à competência para sua elaboração. Dessa maneira, para esse posicionamento, toda lei produzida em consonância com os requisitos (legais) exigidos é uma lei válida.

Ocorre que, quando o positivismo considera necessariamente válida toda lei em vigor, fazendo-o pelo simples fato dela observar as formalidades para sua existência, a doutrina acaba por colocar num mesmo plano as noções de vigência e validade da lei.

Ferrajoli (2004, p. 20) adverte sobre o equívoco que isso enseja:

Esta concepção puramente formal de validade é, na minha opinião, o resultado de uma simplificação, que deriva, por sua vez, de uma

⁴⁰ O austríaco Hans Kelsen é considerado um dos principais expoentes do tradicional pensamento positivista. Não obstante, Piovesan (2017) observa que Kelsen estaria sendo interpretado de maneira errada, uma vez que defende o monismo e também se preocupa com o Direito internacional.

incompreensão da complexidade da legalidade no Estado constitucional de direito [...] (tradução nossa).⁴¹

Assim, sustentar a equivalência prática entre a vigência e a validade de uma lei significa ignorar toda a grandeza substancial que deve revestir o ordenamento jurídico de um Estado Constitucional de Direito.

No contexto atual é inaceitável acreditar que a validade de uma lei depende tão somente de sua existência no mundo jurídico, ou seja, de sua entrada em vigor.

Com efeito, o sistema de regras sobre a produção de normas – geralmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com hierarquia constitucional – não é composto apenas de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis. Inclui também normas substanciais, como o princípio da igualdade e dos direitos fundamentais, que de outro lado limitam e vinculam o poder legislativo, excluindo ou impondo determinados conteúdos [...] (FERRAJOLI, 2004, p. 20–21, tradução nossa).⁴²

Então, para que uma lei seja válida, além de cumprir com os aspectos meramente formais, ela também precisa atender ao conteúdo do ordenamento, ou melhor, ao seu aspecto substancial. Do contrário, apesar de a espécie legislativa ser passível de estar, de fato, em vigor (uma vez que cumpriu com os requisitos exigidos para a vigência), ela não se revestirá de validade.

À medida que a vigência possui relação com a forma pela qual determinada espécie normativa foi produzida, cuja lógica aplicada resume-se ao tudo ou nada, isto é, ao raciocínio da subsunção, a validade, de outro lado, guarda um sentido de coerência com as normas substanciais, ultrapassando a mera adequação normativa.

[...] enquanto as condições formais de vigor consistem em adimplementos de fato, na ausência dos quais o ato normativo é imperfeito e a norma por ele ditada não vem à existência, as condições substanciais da validade, e

⁴¹ Do original: “Esta concepción puramente formal de la validez es, a mi juicio, el fruto de una simplificación, que se deriva, a su vez, de una incomprensión de la complejidad de la legalidad en el Estado constitucional de derecho [...].”

⁴² Do original: “En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas – habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional – no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos [...].”

exemplarmente as de validade constitucional, consistem habitualmente no respeito aos valores – como a igualdade, a liberdade, as garantias dos direitos dos cidadãos – *cujas lesões produzem uma antinomia, isto é, um conflito entre normas de conteúdo ou significado incompatível* (FERRAJOLI, 2010, p. 806, grifo nosso).

E o sentido de coerência do qual se fala deve ser buscado por meio do exame de compatibilidade vertical material da lei com a Constituição e com os tratados internacionais ratificados pelo Estado. Caso a coerência se faça presente, a lei em vigor será válida e, com isso, capaz de gerar efeitos no mundo jurídico, é aí que o plano da eficácia normativa se fará presente.

Logo, tem-se que toda lei válida em vigor é eficaz, pois a eficácia depende da validade da lei, e não apenas de sua vigência, de modo que, do contrário, caso a lei esteja em vigor, mas não possua coerência vertical material com a Constituição e com os tratados ratificados, não terá a capacidade de gerar efeitos, dada a invalidade que lhe envolve.

A distinção promovida é ponto de partida para a compreensão da essência do Estado de Direito e, conseqüentemente, para a percepção de sua antítese, a saber, o Estado Absoluto. Ferrajoli (2010) ensina que, em se tratando de um Estado Absoluto (autocrático ou democrático), há uma correspondência de significados entre validade e vigência, e as normas que se submetem ao juízo de vigência são apenas as responsáveis por regular a produção de leis, e dada a equivalência estabelecida, seu juízo de validade se encerra justamente na aferição do cumprimento dos requisitos formais que permitem sua entrada em vigor. No caso do Estado de Direito, de outro lado, as previsões normativas vão além de meras disposições formais que condicionam a vigência (e validade) das leis. As Constituições também englobam direitos e garantias mínimas que precisam ser observados como requisito imprescindível para a validade de qualquer norma que venha a compor o ordenamento.

Atualmente, portanto, em tempos de neoconstitucionalismo e do paradigma do *human rights approach* anteriormente trabalhados, relativamente à abordagem da hierarquia normativa no Estado Democrático de Direito, “o juízo de validade acerca de uma norma não é somente um juízo de fato sobre os requisitos formais [...]; é também um juízo de valor acerca dos conteúdos substanciais que fazem juridicamente legítimo *quod principi placuit*” (FERRAJOLI, 2010, p. 333).

No capítulo seguinte, após a explanação da teoria do controle de convencionalidade, será possível melhor conferir as implicações dos conceitos ora expostos. Todavia, adianta-se que a aplicação do referido instrumento tem por intuito apurar se a produção normativa de um país é compatível com os tratados internacionais sobre direitos humanos por ele ratificados.

Assim, à luz das noções abordadas neste tópico, a eventual incompatibilidade visualizada a partir do exercício do controle implicará na invalidade do objeto examinado.

Isso porque, para fins do mecanismo em tela, pouco importa se a lei submetida ao controle existe, ou seja, é irrelevante o fato dela ter sido aprovada de acordo com os procedimentos formais previstos. Ainda que o seja, se ela abarcar conteúdo contrário e menos protetivo do que o contemplado em um tratado internacional sobre direitos humanos do qual o país que a editou faça parte, ela será inconveniente. Estar-se-á diante de uma lei antinômica e, portanto, inválida. Ademais, a sua invalidez não permitirá que produza efeitos no mundo jurídico, caracterizando-se, pois, como uma espécie ineficaz. Desse modo, a partir do controle de convencionalidade, embora uma lei possa existir, nada obsta que seja inválida e, conseqüentemente, ineficaz.

Do contrário, isto é, apurando-se a compatibilidade material de uma espécie normativa doméstica (produzida em conformidade com as regras formais exigidas para tanto) com os tratados internacionais em matéria de direitos humanos incorporados pelo país que a produziu, ter-se-á uma espécie válida e, com isso, passível de produzir efeitos (eficaz).

Por tudo, a contextualização do assunto pretendido seguida da análise da inovação paradigmática verificada e, ainda, da distinção entre os planos de vigência, validade e eficácia das leis consolida base suficiente para o próximo passo: o estudo teórico do controle de convencionalidade.

CAPÍTULO II – BASES TEÓRICAS PARA O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A proposta desse capítulo será executada em dois grandes blocos. O primeiro deles destina-se à exploração da doutrina dedicada ao controle de convencionalidade em seus aspectos elementares. O momento seguinte, por sua vez, é voltado especificamente à pormenorização dos parâmetros aplicáveis quando de seu exercício. Tal organização se presta a auxiliar na compreensão da temática e fornecer conteúdo suficiente para o terceiro passo do trabalho, no qual serão examinados exemplos práticos do controle envolvendo o Brasil.

2.1 A teoria do controle de convencionalidade

Este ponto envolve três etapas. Inicialmente, abrange o surgimento do controle de convencionalidade, sua definição, os efeitos que provoca no ordenamento jurídico de um país e, ainda, a forma de aplicação que deve ser priorizada. Após, são tecidas considerações no que se refere à responsabilidade do Estado por sua execução, estendendo-se a análise ao dever imposto aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Por fim, realiza um paralelo com o controle de constitucionalidade, suprallegalidade e legalidade, bem como explana as modalidades que comporta.

2.1.1 Surgimento, definição, efeitos e prioridade de aplicação

Quanto ao advento do controle de convencionalidade, confia-se sua origem ao Direito francês no ano de 1975 por meio de uma decisão do Conselho Constitucional acerca da lei de interrupção voluntária da gravidez.⁴³ Na oportunidade, referida Corte assentou o entendimento segundo o qual a análise de compatibilidade de leis com tratado internacional não era tarefa reservada ao seu domínio,⁴⁴ mas sim dos juízos ordinários, sob o controle da Corte de Cassação e do Conselho de Estado (RAMOS, 2017).

Especificamente no Sistema Interamericano, Hitters (2009) ensina que a terminologia “controle de convencionalidade” foi empregada pela primeira vez nos contornos

⁴³ Fala-se aqui do surgimento do controle de convencionalidade de um modo geral. Na sequência, será possível conferir sua origem no âmbito do Sistema Interamericano. De qualquer modo, pertinente alertar que aspectos históricos não constituem o foco principal do trabalho.

⁴⁴ O Conselho Constitucional se considerava competente apenas para analisar a compatibilidade de leis com a Constituição (MAZZUOLI, 2016).

da Corte IDH no voto do juiz Sergio García Ramírez no caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, datado de 25 de novembro de 2003.⁴⁵ Já a unanimidade da Corte acerca da doutrina do controle somente foi declarada em 21 de novembro de 2010, no *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*.⁴⁶ Nesta ocasião, “a Corte Interamericana (por unanimidade de votos) afirmou em definitivo sua doutrina jurisprudencial sobre o controle de convencionalidade” (MAZZUOLI, 2016, p. 51).

Todavia, a ideia trazida pelo controle de convencionalidade já estava subentendida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 quando de sua entrada em vigor, no ano de 1978.⁴⁷ Nas lições de Mazzuoli (2016, p. 44–45):

Esclareça-se, porém, que a obrigação de controlar a convencionalidade das leis no sistema interamericano remonta à entrada em vigor da Convenção Americana, em 18.07.1978 (nos termos do seu art. 74, 2). Assim, deve-se atentar que desde o início de suas atividades a Corte Interamericana tem exigido que se controle a convencionalidade das leis dos Estados-partes à Convenção Americana, ainda que sem o uso dessa terminologia.

Tal se afirma em função do conteúdo dos artigos 1, 2 e, ainda, 43 da Convenção,⁴⁸ que consolida, em breve síntese, a obrigação dos Estados-partes acatarem os direitos e deveres nela constantes, adotando medidas a fim de lhes conferir efetividade, tanto no âmbito interno

⁴⁵ O caso se refere à responsabilidade internacional do Estado guatemalteco pelo assassinato de Myrna Mack Chang por agentes militares, assim como a falta de investigação e punição dos responsáveis (CORTE IDH, 2003, tradução nossa).

⁴⁶ Este caso relaciona-se à responsabilidade internacional do Estado mexicano pela prisão arbitrária e tratamento cruel e degradante que foram submetidos Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, bem como pela falta de investigação e punição dos responsáveis (CORTE IDH, 2010, tradução nossa).

⁴⁷ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, surgiu em 22 de novembro de 1969, e entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978, quando atendida a formalidade expressa em seu artigo 74.2, isto é, quando o 11º Estado, isto é, Granada, depositou o instrumento de ratificação/adesão.

⁴⁸ Artigo 1.1. “Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”; Artigo 2. “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”; Artigo 43 “Os Estados Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção”.

quanto internacional, a exemplo da atividade legislativa e do fornecimento de informações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente (MAZZUOLI, 2016).

Além das previsões da Convenção Americana, o ato de controlar a convencionalidade provém, de maneira geral, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969,⁴⁹ dos entendimentos fixados pela Corte Interamericana, das cláusulas de abertura do ordenamento jurídico interno e, ainda, da impossibilidade de se limitar os direitos humanos e fundamentais a um rol taxativo (MOREIRA, 2018).

É nessa linha que se passou a conceber o controle no âmbito interno dos Estados, ainda que sem previsão constitucional, pois considerando os motivos acima expostos, a falta de disciplina expressa definitivamente não constitui óbice para sua aplicação. Foi o que se deu em alguns dos tribunais latino-americanos, como no caso do México, Argentina, Peru, Panamá, Nicarágua, Uruguai, República Dominicana e Venezuela (MOREIRA, 2018).

Dessa maneira, apesar da ausência de nomenclatura própria, a atividade consistente na aplicação do controle já era imposta pela Corte Interamericana, e foi somente em 2003, conforme mencionado, que a expressão “controle de convencionalidade” foi utilizada pela primeira vez.

Nos anos que se seguiram, um outro registro de grande importância se verificou no âmbito da Corte IDH. Trata-se do reconhecimento da obrigatoriedade do exercício do controle interno de convencionalidade. Mazzuoli (2016, p. 46–47) explica que isso se deu no *Caso Almonacid Arellano e Outros vs. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006:⁵⁰ “Frise-se ser este julgamento o caso que inaugura formalmente a doutrina do controle interno de convencionalidade no âmbito de nosso Continente”.

No cenário brasileiro, notadamente, acrescenta-se que a aplicação do controle decorre do dever assumido pela República perante a ordem internacional quando da assinatura e ratificação dos tratados, bem como do princípio da prevalência dos direitos humanos que deve regê-la em suas relações internacionais, conforme prevê o artigo 4º, inciso II, da

⁴⁹ Refere-se especialmente ao Artigo 27 da Convenção de Viena, *in verbis*: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado [...]”. A Convenção foi concluída em 23 de maio de 1969, e promulgada pelo Brasil por meio do Decreto Executivo n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

⁵⁰ O caso se refere à responsabilidade internacional do Estado chileno pela falta de investigação e punição dos responsáveis pela execução extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, assim como a falta de reparação adequada em favor de seus familiares (CORTE IDH, 2006, tradução nossa).

CF/1988 (BRASIL, 1988), *in verbis*: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos”.

Em termos de significado, considera-se que o controle de convencionalidade vai além de uma técnica legislativa utilizada para compatibilizar aquilo que é produzido pelo Congresso Nacional com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil. Da mesma forma, não se limita a um instrumento colocado à disposição de uma Corte para examinar o cumprimento das obrigações internacionais contraídas pelo Estado (MAZZUOLI, 2016).

Assim sendo, para fins de definição do controle de convencionalidade — e somente com essa finalidade, dada a pretensão do presente trabalho —, opta-se por deixar em segundo plano a doutrina que o limita ao âmbito internacional, ou seja, ao controle aplicado por algum órgão internacional de proteção dos direitos humanos, praticamente não o reconhecendo em relação ao Poder Judiciário de um país, como parece defender, por exemplo, André de Carvalho Ramos (2009, 2017).

Aplicado o recorte doutrinário mencionado, tem-se que o exercício do controle de convencionalidade demanda que os Estados que ratificaram um tratado internacional apliquem tão-somente leis e atos normativos com ele validamente compatíveis, sobretudo quando relativos a direitos humanos (MAZZUOLI, 2016).⁵¹

Como pressuposto para tratar do aludido controle no cenário pátrio, consoante exposto no capítulo anterior, elegeu-se a teoria segundo a qual todos os tratados internacionais em matéria de direitos humanos assumem o *status* de norma constitucional, pouco importando se foram aprovados de maneira qualificada, pois “tais instrumentos têm um fundamento ético que ultrapassa qualquer faculdade que queira o Estado ter (em seu domínio reservado) de alocá-los em ‘níveis’ previamente definidos” (MAZZUOLI, 2016, p. 156).⁵² Uma vez mais vale apontar, com isso, que aqui não se adota o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal, no qual vigora a tese da supralegalidade (e infraconstitucionalidade) dos TIDH.⁵³

⁵¹ Principalmente sobre direitos humanos, porque tecnicamente também é possível se falar no controle de convencionalidade quando há afronta aos tratados internacionais de outras matérias alheias aos direitos humanos. Não obstante, junto com Mazzuoli (2016), prefere-se aplicar a expressão “controle de convencionalidade” em específico para os tratados sobre direitos humanos, pois quando o parâmetro para controle for um tratado de outra matéria, aí o controle se denominará de “supralegalidade”.

⁵² No mesmo sentido, Trindade (2006).

⁵³ RE n.º 466.343-1-SP, j. em 03.12.08.

Desse modo, entende-se que o controle de convencionalidade das leis abrange todos os TIDH ratificados pelo Brasil, ou seja, todos os TIDH vigentes no ordenamento jurídico pátrio constituem parâmetro para se desenvolver referido controle, independentemente de sua aprovação nos termos do artigo 5º, § 3º, da CF/1988.⁵⁴ A diferença entre os tratados apenas materialmente constitucionais e os tratados material e formalmente constitucionais somente possui relevância quando se fala nas modalidades de controle de convencionalidade, conforme será possível observar.

O resultado da análise de compatibilidade é invalidar as espécies normativas dissonantes da proteção conferida pelos TIDH. Sagüés (2009, p. 03) considera que o objetivo do controle

[...] é determinar se a regra examinada por meio da Convenção é ou não “convencional” (Corte IDH, Caso Boyce y Outros Vs. Barbados, considerando 78). Se for, o juiz a aplica. Do contrário, não, por ser “inconvencional”. Aludida “inconvencionalidade” importaria numa causa de invalidez da norma, assim desclassificada por ser desprovida de efeitos jurídicos. A inconvencionalidade produz um dever judicial concreto de inaplicação da norma contestada (tradução nossa).⁵⁵

Por isso, quando a norma interna não é compatível com o conteúdo dos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, o juiz (ou tribunal) deve atuar acusando sua invalidez e “fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico quando menos benéfica ao ser humano [...]” (MAZZUOLI, 2016, p. 181).

Assim, nos termos daquilo que exposto no final do primeiro capítulo, relativamente às noções de existência, validade e eficácia das normas jurídicas, quando o operador jurídico apurar a incompatibilidade da norma objeto de controle com o parâmetro utilizado para o seu exercício, deverá declarar a invalidez da espécie, uma vez que inconvencional. Vale dizer, apesar de o objeto analisado existir no mundo jurídico (no caso das formalidades para sua existência terem sido devidamente observadas, a exemplo das regras de competência e quórum de aprovação), pelo fato de apresentar contrariedade com o parâmetro do controle

⁵⁴ Mazzuoli (2016) acentua que o controle de convencionalidade não é restrito às normas infraconstitucionais, podendo recair, do mesmo modo, sobre as próprias normas constitucionais.

⁵⁵ Do original: “[...] és determinar si la norma enjuiciada a través de la Convención es o no “convencional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Boyce y otros vs. Barbados”, considerando 78). Si lo es, el juez la aplica. Caso contrario, no, por resultar “inconvencional”. Dicha “inconvencionalidad” importaria una causal de invalidez de la norma así descalificada, por “carecer de efectos jurídicos”. La inconvencionlidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado.”

(tratado internacional, por exemplo), ele não se revestirá de validade jurídica e, conseqüentemente, não terá chances de produzir efeitos no mundo jurídico, dado que apenas normas existentes *válidas* possuem eficácia.

Na verdade, a tarefa não se resume à sobreposição de normas. Aquele que analisa a compatibilidade da norma objeto do controle também precisa dosar se seu conteúdo é mais benéfico do que o do paradigma, ou seja, se confere maior proteção do que o conteúdo do tratado e do que a Corte firma a seu respeito.

O exercício do controle de convencionalidade, porém, não é *mecânico*; não há de ser efetivado pelo simples cotejo, pela simplória sobreposição de uma norma (internacional) a outra (interna). Além do cotejo analítico, se requer do magistrado conhecimento do conteúdo eficaz da norma-paradigma (a norma internacional *mais benéfica*) e da interpretação que dela faz a Corte Interamericana [...] Há, como se vê, duas técnicas de controle conjugadas: aquela que leva em consideração somente o texto do tratado-paradigma e a que acresce a interpretação (acaso existente) que dele faz a Corte Interamericana, à luz de sua jurisprudência constante e dos padrões internacionais aplicáveis ao respectivo tema (MAZZUOLI, 2016, p. 40–41, grifo do autor).

O controle primário de convencionalidade é realizado no âmbito interno do Estado. A ideia foi sedimentada, inclusive, pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Trabalhadores demitidos do Congresso Vs. Peru*, datado de 24 de novembro de 2006.⁵⁶

Não obstante, a tarefa pode ser suplementada por órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos aos quais referido Estado se submeteu. Este é o caso do controle de convencionalidade praticado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos — dentro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos — relativamente à produção normativa dos países submetidos à sua competência. Isso ocorre na hipótese de os Estados não controlarem a convencionalidade ou o fazerem de maneira insatisfatória. Nas palavras de Mazzuoli (2016, p. 49–50):

[...] o controle nacional da convencionalidade das leis há de ser tido como o principal e mais importante a ser levado a efeito, sendo que apenas no caso da falta de sua realização interna (ou de seu exercício insuficiente) é que deverá a justiça internacional atuar, trazendo para si a competência de controle em último grau (decisão da qual tem o Estado o dever de cumprir).

⁵⁶ O caso se refere à responsabilidade internacional do Estado peruano pela demissão de 257 trabalhadores do Congresso, assim como a falta de um devido processo para questionar a situação (CORTE IDH, 2006, tradução nossa).

Daí se compreender ser a jurisdição internacional complementar ou coadjuvante das jurisdições domésticas.

Portanto, caso o controle interno não se dê suficientemente ou mesmo não se efetive, incidirá a atuação do órgão jurisdicional internacional. Na verdade, há um complemento de esforços com vistas à maior proteção e efetivação de direitos.

2.1.2 Consequências no âmbito da responsabilidade estatal

Quando se fala no controle externo de convencionalidade, além dos efeitos produzidos pela aplicação do instrumento internamente — declaração de inconvenção e, por consequência, de invalidade da lei —, também poderá sobrevir a responsabilização internacional do Estado pela violação de direitos humanos.

Dentro do Sistema Interamericano, por exemplo, as sentenças proferidas pela Corte Interamericana têm englobado determinações como a restituição integral mediante a reparação dos danos emergentes e lucros cessantes; a cessação do ilícito, sendo esta uma exigência para dirimir os efeitos do ilícito internacional cometido pelo Estado; a satisfação por meio da apresentação de um conjunto de medidas aptas a promoverem a reparação no caso concreto; a indenização pecuniária da vítima quando, apesar da eliminação do ilícito, não for possível afastar completamente a violência sofrida; a garantia da não reiteração da conduta que viola obrigação internacional (GUERRA, 2012).

Tais medidas fazem parte da atividade contenciosa da Corte. Sem adentrar aqui na temática própria deste órgão e dos aspectos a ele condizentes, uma vez que no item 2.2 o assunto será melhor explorado, limita-se, por ora, a apontar o caráter fundamental de seu papel na proteção dos direitos humanos, em especial no que se refere ao exercício do controle de convencionalidade.

As decisões da Corte IDH, fruto do livre convencimento dos juízes que a compõe, são de indispensável observância e produzem efeitos no plano interno dos países que reconheceram sua jurisdição. Este é o caso do Brasil, que incorporou a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto São José da Costa Rica) em 6 de novembro de 1992 (promulgada pelo Decreto n.º 678) e aderiu, em 3 de dezembro de 1998, mediante o Decreto Legislativo n.º 89 (e posterior Decreto de promulgação n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002), à Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana em

todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (GUERRA, 2012).

Nessa toada, aproximando-se da realidade brasileira, adianta-se, a título de exemplo, uma especificidade do *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*, submetido ao julgamento da Corte IDH. O episódio, conhecido por envolver crimes praticados durante o regime militar brasileiro, culminou na condenação do País. Além da determinação de realizar a devida investigação, processamento e punição dos sujeitos envolvidos nas mortes, torturas, desaparecimentos etc. ocorridos no período de 1964 a 1985, a Corte IDH afirmou que o Estado não efetuou o controle de convencionalidade da Lei de Anistia relativamente às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo valor supralegal já havia reconhecido (MAZZUOLI, 2016).

De acordo com Mazzuoli (2016, p. 209): “Observou a Corte que as autoridades jurisdicionais do Brasil não cumpriram com o dever de decidir levando em consideração a Convenção Americana, bem como a interpretação que dela faz a Corte Interamericana”. Pronunciando-se nesse sentido, a Corte efetivamente praticou o controle subsidiário de convencionalidade da lei de anistia brasileira, tendo em vista a falta de providências do Poder Judiciário em assim proceder e, ainda, sua anterior atuação de maneira totalmente contrária aos preceitos da Convenção — quando do julgamento da ADPF n.º 153, no qual a maioria do STF reconheceu a validade da aludida lei, em 29 de abril de 2010 (MAZZUOLI, 2016).

Assim,

Do sistema do *domest affair* (em que a tutela dos direitos competia exclusivamente aos juízes nacionais) passamos para o sistema do *international concern* (segundo o qual, se os juízes nacionais não tutelam um determinado direito, este pode e deve ser tutelado pelos juízes internacionais). Os juízes internos fiscalizam o produto legislativo do Congresso Nacional; se eles não amparam os direitos das pessoas, compete às cortes internacionais cumprir esse mister, em derradeiro plano (MAZZUOLI, 2016, p. 211–212, grifo do autor).

Portanto, diante da dinâmica apresentada e do exemplo trazido no contexto brasileiro, verifica-se uma verdadeira relação de complementariedade entre os âmbitos interno e internacional quando se trata do controle de convencionalidade. No mais, a possibilidade de aplicação de medidas de responsabilização do Estado por Cortes Internacionais torna evidente a necessidade de priorizar e fazer valer o controle de convencionalidade no âmbito nacional. Do contrário, o futuro pode reservar a submissão do País aos efeitos do controle de

convencionalidade praticado por um órgão internacional, e isso pode ir além da declaração de invalidade ou inconveniência da legislação interna.

De qualquer modo, seja isolado no plano interno, seja complementar ou exclusivo/subsidiário em decorrência da atuação da Corte IDH — em sede internacional —, o fato é que o controle jurisdicional de convencionalidade jamais deve deixar de ser aplicado (MAZZUOLI, 2016).

Para a Corte IDH, a ofensa à Convenção Americana enseja o processamento internacional do Estado violador com a finalidade de promover verdadeira reparação. A condenação do Estado e a consequente obrigatoriedade de reparar o dano possibilita a compreensão de que não há, de fato, uma revisão da decisão interna (GUERRA, 2012).

E isso porque a caracterização da responsabilidade do Estado não depende do esgotamento dos recursos internos, muito embora o exaurimento destes seja necessário, de outro lado, para se acessar a jurisdição internacional. É o que ensina Alcalá (2017, p. 126):

O esgotamento dos recursos internos é um requisito que condiciona a implementação do acesso à jurisdição internacional, mas não o surgimento da responsabilidade internacional do Estado, a qual se configura a partir da ocorrência de uma ação ou omissão internacionalmente ilícita, que pode ter sua fonte em uma disposição legal do Direito interno, ou em um ato administrativo, ou também em uma decisão judicial (tradução nossa).⁵⁷

Dos apontamentos do aludido autor também se extrai que a responsabilidade internacional do país abrange o exercício do Poder em cada uma das esferas de atuação, isto é, a ação ou omissão praticada pelo Estado nas atividades legislativa, administrativa e judiciária. Nessa linha, destaca-se a importância do controle de convencionalidade na esfera de cada um dos três Poderes.

Esse foi o entendimento externado pela Corte IDH em 2011, no *Caso Gelman Vs. Uruguai*.⁵⁸ Para referido órgão de proteção, o exercício do controle não se trata de uma obrigação exclusiva do Poder Judiciário. É tarefa que se estende a todas as autoridades públicas (CORTE IDH, 2011).

⁵⁷ Do original: “El esgotamiento de los recursos internos es un requisito que condiciona la implementación del acceso a la jurisdicción internacional, pero no el surgimiento, de la responsabilidad internacional del Estado, la cual se configura a partir de la ocurrencia de un acto o omisión internacionalmente ilícito, la cual puede tener su fuente en una disposición legal de derecho interno, o en un acto administrativo, o también en una decisión judicial.”

⁵⁸ O caso se refere à responsabilidade internacional do Estado pelo desaparecimento forçado de Maria Cláudia García Iruretagoyena de Gelman, bem como à remoção e substituição da identidade de María Macarena Gelman García (CORTE IDH, 2011, tradução nossa).

A responsabilidade da República Federativa do Brasil em cumprir com as previsões constitucionais e convencionais — sobretudo em função dos §§ 2º e 3º, do artigo 5º, da CF/1988 — atuando na promoção, efetivação e proteção dos direitos humanos e fundamentais —, reserva encargos significativos e inarredáveis a cada um de seus três Poderes, e não exclusivamente ao Judiciário.

Para a execução das competências relacionadas a tal responsabilidade, pouco importa se Legislativo e Executivo adotam o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n.º 466.343–SP — segundo o qual, vale lembrar, os tratados de direitos humanos não aprovados pelo quórum de três quintos em dois turnos de votação em cada casa do Congresso Nacional terão *status* supralegal —⁵⁹, ou se compreendem que tais tratados sempre terão *status* de norma constitucional, uma vez que materialmente constitucionais (MAZZUOLI, 2016).

Os compromissos internacionais assumidos pelos Estados por meio da ratificação dos tratados em vigor no plano internacional devem ser cumpridos independentemente da maneira como se entende que estes instrumentos são incorporados e do *status* normativo que ocupam no ordenamento jurídico interno.

Urge a consciência dos encargos advindos das obrigações convencionais, mormente quanto à responsabilidade internacional do Estado. E isso deve acontecer em todos os Poderes, órgãos e agentes estatais, e não apenas nos governos, pois a responsabilização, vinculada ao Estado, não acompanha a transitoriedade com a qual se reveste o governo; ela permanece ainda que outro seja eleito (TRINDADE, 2006). Esse mandamento decorre da aplicação dos princípios da identidade e continuidade do Estado, que significam, segundo Alcalá (2017, p. 123), que a responsabilidade do Estado permanece apesar das mudanças políticas e de governo.⁶⁰

É importante sublinhar que, de acordo com o artigo 27 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969, o Direito interno não é motivo que justifique o descumprimento dos tratados internacionais aos quais o país se obrigou.⁶¹ Ademais, a partir de uma nova interpretação resultante do primado do respeito dos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional, bem como da aplicação do princípio da

⁵⁹ RE n.º 466.343–SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 03 dez. 2008.

⁶⁰ Nas palavras do próprio autor: “de acuerdo con el principio de identidad y continuidad del Estado, la responsabilidad del mismo se mantiene a pesar de cambios de gobierno o cambios políticos [...]” (ALCALÁ, 2017, p. 123).

⁶¹ A respeito, conferir Ramos (2009) e Machado (2006).

universalidade dos direitos humanos, há a superação da ideia da absoluta soberania nacional, conforme explorado no capítulo anterior.⁶² Tudo isso vai ao encontro da abertura da ordem jurídica brasileira para o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 1996).

Por essa razão, a responsabilidade dos países perante os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos não pode ser afastada pela invocação de conceitos como o da superioridade da Constituição sobre os tratados (RAMOS, 2009).

Assim, os Poderes da República devem desempenhar suas funções respeitando o conteúdo da normativa internacional, especialmente no que se refere aos direitos humanos. Para isso, imperativo se mostra o exercício do controle de convencionalidade no âmbito da tarefa típica de cada Poder. A esse respeito assevera Luiz Guilherme Arcaro Conci (2017, p. 904):

[...] se percebe que o controle de convencionalidade deve atingir outros campos da atuação estatal, especialmente aqueles que desenvolvem função de controle de constitucionalidade ou de legalidade, como, por exemplo, no processo legislativo, as comissões que analisam a constitucionalidade dos projetos de leis e das propostas de emenda à Constituição, o Presidente da República quanto exerce sua atribuição de veto/sanção e os agentes no exercício da função administrativa.

No que toca ao Poder Legislativo, o controle de convencionalidade deve se dar da mesma maneira como as duas Casas do Congresso Nacional procedem quanto ao controle preventivo de constitucionalidade das propostas que tramitam no processo legislativo. É necessário, pois, verificar a compatibilidade vertical material em relação à Constituição Federal e aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Resultado dessa análise deve ser a rejeição de projetos de lei contrários aos TIDH, ou seja, projetos de lei inconventionais. Isso deve ocorrer, inclusive, quando a proposta legal, embora de acordo com a CF/1988, desta obtenha uma proteção menos abrangente — se comparada à conferida pelo tratado internacional paradigma (MAZZUOLI, 2016).

É valoroso reconhecer o caráter fundamental da atuação do Congresso Nacional na promoção e proteção dos direitos humanos, sobretudo pelo fato de o controle por ele exercido influir diretamente na eventual necessidade de pronunciamento do Judiciário com relação à (in)convencionalidade de uma espécie legislativa produzida.

⁶² No mesmo sentido, Trindade (2006).

Isso porque, assim como o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário é suscitado, via de regra, pela produção normativa discordante de um instrumento maior. Naquele caso, a Constituição; neste, um tratado internacional de proteção dos direitos humanos. Dessa maneira, a fim de evitar que demandas judiciais voltadas à declaração de inconvencionalidade (e invalidade) de determinada espécie normativa sejam propostas, “deve o Parlamento brasileiro acostumar-se em proceder à análise conjunta da constitucionalidade e da convencionalidade das normas que está a aprovar [...]” (MAZZUOLI, 2016, p. 214).

A atuação do Poder Executivo no controle de convencionalidade, por sua vez, deve manifestar-se, sobretudo, por meio do chefe da Administração, seja em sua participação no processo legislativo, ou na prática dos atos administrativos propriamente ditos.

A primeira situação diz respeito à figura do veto presidencial, cuja previsão, no § 1º do artigo 60 da CF/1988,⁶³ garante que o Presidente da República vete, ainda que parcialmente, projeto de lei que considere inconstitucional (veto jurídico) ou contrário ao interesse público (veto político). Assim ensinam Segatto e Abate (2013, p. 161):

O poder de “veto” (art. 66, CF) corresponde ao ato executivo que exprime a divergência do Presidente da República com projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional. Este pode ser tanto jurídico quanto político: aquele ocorre quando o Presidente considerar que o projeto de lei é inconstitucional, configurando o que é conhecido na doutrina como “controle preventivo de constitucionalidade”; já o veto político ocorre quando o Presidente considera o projeto de lei contrário ao interesse público.

A analogia⁶⁴ permite que aludido dispositivo se estenda à proposta legislativa que o chefe do executivo avalie inconvencional, dada a compreensão que se tem de que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem *status* de norma constitucional (independentemente de serem aprovados de acordo com a sistemática do § 3º do artigo 5º da CF/1988).

Para Mazzuoli (2016), mesmo que o Presidente da República considere que os tratados internacionais de direitos humanos ocupam outra posição no ordenamento jurídico

⁶³ Artigo 66, § 1º, da CF/1988, *in verbis*: “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

⁶⁴ Baseando-se nas lições de Ferraz Júnior (2018), a integração de normas por meio da analogia possibilita o preenchimento de lacunas, que se dá pelo juízo de valoração aplicado em situações semelhantes.

pátrio, ainda assim o veto de projeto de lei em desacordo com os TIDH ratificado pelo Brasil deve ocorrer, pois contraria o interesse público e, por este motivo, é inconvençãoal.

É razoável que assim se entenda, pois observados conjuntamente com o princípio *pro persona*, os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil se coadunam aos propósitos dos interesses públicos,⁶⁵ especificamente dos classificados como primários, isto é, dos que representam o interesse da coletividade materializado na junção das importâncias individuais que se possui enquanto membro de uma sociedade (VASCONCELLOS et al., 2014).

Assim, quando a atuação do administrador se direciona no sentido de cumprir as previsões dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, mesmo que no exercício de sua função atípica, ele nada mais está fazendo do que cumprindo com a finalidade maior de sua atividade.

Desse modo, a prática do controle executivo de convencionalidade por meio do veto a um projeto de lei considerado inconvençãoal, de maneira a impedi-lo, com isso, de produzir efeitos jurídicos, pode-se inserir como manifestação de veto jurídico ou político. A primeira hipótese se dará quando o Presidente da República considerar que o tratado internacional parâmetro do controle é materialmente (ou material e formalmente) constitucional e, assim, o projeto de lei que contrariá-lo, além de inconstitucional, também será inconvençãoal. O veto político, por sua vez, incidirá quando o chefe do executivo avaliar que o projeto de lei, ao contrariar determinado tratado internacional sobre direitos humanos, transgride, em última análise, o interesse público, dada a importância que as previsões dos instrumentos internacionais representam para a sua observância.

A atuação típica do Poder Executivo também deve estar pautada nos TIDH, ou seja, os atos administrativos encontram suas balizas na Constituição Federal, nas leis vigentes e válidas e, logo, também nos dispositivos dos tratados de direitos humanos em vigor no País, sempre que mais benéficos aos administrados. São essas as lições de Mazzuoli (2016, p. 215):

⁶⁵ Relativamente ao conceito de interesse público, Carvalho Filho (2015, p. 34) assim leciona: “A despeito de não ser um conceito exato, aspecto que leva a doutrina em geral a configurá-lo como conceito jurídico indeterminado, a verdade é que, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é e o que não é interesse público. Ou seja: é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva. Portanto, cuida-se de conceito determinável”.

A Administração Pública de um Estado de Direito (aquele submetido ao direito nacional e internacional) deve respeitar os comandos dos tratados de direitos humanos em vigor no país ao expedir quaisquer atos administrativos e celebrar contratos administrativos, submetendo suas decisões ao crivo de compatibilidade material desses tratados, bem assim (quando for possível) da jurisprudência da Corte Interamericana a respeito do tema.

Destarte, quando um ato administrativo é praticado com o objetivo de fazer valer os dispositivos dos tratados internacionais sobre direitos humanos, bem como a interpretação a seu respeito exercida pela Corte IDH, está-se diante do controle executivo de convencionalidade. Consequentemente, se a atividade administrativa contrariar referidas previsões (quando mais benéficas que as do Direito interno, dada a incidência do princípio *pro homine*), haverá patente inconvenção da atuação da Administração.

Portanto, sublinhado também está o exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Executivo.

Nessa mesma linha é preciso apontar, finalmente, o fato de que o exercício do controle de convencionalidade deve ir além dos três Poderes da República Federativa do Brasil, isto é, deve penetrar nas esferas de atuação de todos os órgãos do Estado parte de determinado tratado internacional (MAZZUOLI, 2017).

Nesse sentido, aliás, que a Corte Interamericana firmou seu entendimento. De acordo com o julgado que consolidou a doutrina do controle de forma unânime em seu contexto de atuação, isto é, no *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, julgado em 26 de novembro de 2010,⁶⁶ a Corte expandiu a incumbência de controlar a convencionalidade a todos os órgãos relacionados à administração da justiça (MAZZUOLI, 2016).

As palavras de Menezes (2009, p. 277) elucidam o assunto:

[...] pode-se falar tanto em controle de convencionalidade abstrato-concentrado quanto em concreto-difuso, pois, como já ressaltado, qualquer agente estatal poderá (e, com efeito, deverá) agir como órgão exercente do controle, em postura preventiva ou repressiva, conforme as circunstâncias de cada caso e nos limites das atribuições legais e constitucionais de cada agente público – e isso inclui, por óbvio, o Poder Judiciário.

Com isso, percebe-se que a República Federativa do Brasil como um todo deve atuar no sentido de controlar a convencionalidade de suas leis. A atuação contrária ou simplesmente

⁶⁶ Conforme mencionado, o caso se relaciona à responsabilidade internacional do Estado mexicano pela prisão arbitrária e tratamento cruel e degradante que foram submetidos Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, bem como pela falta de investigação e punição dos responsáveis (CORTE IDH, 2010, tradução nossa).

indiferente aos ditames dos TIDH tem por consequência a responsabilidade do Estado brasileiro.⁶⁷

2.1.3 Algumas distinções necessárias e modalidades de controle

Para a devida compreensão da temática apresentada, também importa elucidar outros instrumentos que caminham ao lado do controle de convencionalidade. Assim, juntamente com aludido controle, é oportuno trabalhar com os conceitos dos controles de constitucionalidade, supralegalidade e legalidade.

Uma das primeiras indagações com as quais inevitavelmente se depara ao estudar a matéria, diz respeito à real necessidade de se aplicar o controle de convencionalidade quando já se tem à disposição o controle de constitucionalidade.⁶⁸

A expressão controle de constitucionalidade refere-se, em linhas gerais, ao exercício de compatibilidade da produção normativa de um Estado com os comandos previstos em sua Lei Maior, sua Constituição. Ele decorre da supremacia do poder constituinte relativamente aos poderes constituídos e resulta na invalidade de leis e atos normativos que ofendam os preceitos constitucionais. Este mecanismo de controle age, portanto, diante da ausência de fundamento de validade para a criação de direitos e obrigações (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Aqui também se adota a doutrina de Mazzuoli (2016), para o qual o controle de constitucionalidade fica reservado para os casos em que o objeto de controle viola única e exclusivamente a Constituição. De outro lado, quando a (in)compatibilidade se referir aos tratados de direitos humanos apenas materialmente ou também formalmente constitucionais, aí se fala no controle de convencionalidade.

Na prática, todavia, o que se realiza é a dupla conformação da legislação pátria, uma vez que o controle de convencionalidade caminha ao lado do controle de constitucionalidade. São dois mecanismos de proteção que se complementam, de maneira que a validade interna de uma lei só se dá quando ela estiver “materialmente de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo e em vigor no Estado” (MAZZUOLI, 2016, p. 161).

⁶⁷ A responsabilidade do Estado diante da inaplicabilidade do controle de convencionalidade será melhor compreendida a partir da exemplificação a ser desenvolvida no terceiro capítulo.

⁶⁸ A comparação entre os controles de convencionalidade e constitucionalidade ganha destaque nos estudos de Hitters (2009) e Menezes (2009).

O controle de suprallegalidade, a seu turno, diz respeito à análise da legislação do País observando como parâmetro os tratados internacionais em matéria alheia a direitos humanos, ou seja, os tratados internacionais comuns, pois aqui se adota a teoria de Mazzuoli (2016), para o qual referidos tratados possuem o *status* hierárquico de norma suprallegal no ordenamento brasileiro, o que significa dizer que se encontram abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias. Isso ocorre em razão do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, cujo emprego sofre as moderações impostas pelo Direito Constitucional.

De acordo com o mencionado dispositivo, “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Sendo assim, quando houver um tratado internacional de matéria comum em conflito com a legislação interna, são aqueles que devem prevalecer, pois embora sejam infraconstitucionais,⁶⁹ considerando o fato de o Direito interno não poder ser levantado com o intuito de afastar a aplicação da normativa internacional a qual o Estado se obrigou, eles também possuem o *status* de suprallegalidade (MAZZUOLI, 2016).

Além disso, como a Constituição foi omissa no assunto, entende-se que a melhor solução é atribuir o valor de infraconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, de suprallegalidade a aludidos tratados pelo efeito que isso gera no sentido de afastar as escusas de eficácia temporal ou especialidade entre a espécie legislativa analisada e o parâmetro do controle. “Nessa ordem de ideias, a lei posterior seria inválida (e, conseqüentemente, ineficaz) em relação ao tratado internacional que, não obstante anterior, é hierarquicamente superior a ela” (MAZZUOLI, 2016, p. 204). É que para o controle de suprallegalidade é o critério hierárquico que se presta a resolver a incompatibilidade existente entre a norma infraconstitucional e o tratado comum (que possui *status* de norma suprallegal).

Por fim, no que se refere ao controle de legalidade, o paradigma a ser considerado são as leis ordinárias ou complementares, verificando-se, por exemplo, se uma espécie legislativa de hierarquia inferior — caso de um decreto — com elas se encontra ajustada (MAZZUOLI, 2016).

Outro aspecto de extrema relevância que precisa ser tratado neste capítulo diz respeito às modalidades do controle do qual se fala.

⁶⁹ Pois equivalentes às emendas constitucionais (na forma do § 3º do artigo 5º da CF/1988) e/ou com *status* de norma constitucional (de acordo com o § 2º do artigo 5º da CF/1988) somente figuram os tratados internacionais de direitos humanos.

Assim como o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade pode ser exercido por duas vias: incidental e direta. No primeiro caso, estar-se-á diante do controle difuso e, no segundo, do controle concentrado. A principal diferença entre tais modalidades se relaciona aos paradigmas para seu exercício. Podem ser paradigmas para o exercício do controle difuso de convencionalidade todos os tratados internacionais sobre direitos humanos, enquanto que para o controle concentrado somente os tratados equivalentes às emendas constitucionais é que podem sê-lo (MAZZUOLI, 2016).

Isso significa dizer que tanto os tratados apenas materialmente constitucionais quanto os tratados material e formalmente constitucionais servem de paradigma para o controle difuso, e que apenas estes últimos valem de paradigma para o controle concentrado de convencionalidade. Ainda em outras palavras: servem ao controle difuso os tratados de direitos humanos com *status* de norma constitucional e os equivalentes à emenda constitucional, mas somente estes servem ao controle concentrado.

A modalidade difusa de controle pode ser desenvolvida por qualquer tribunal ou juiz do País, isto é, independe de autorização ou mesmo provocação para ser exercido, bastando que o tratado paradigma incorporado no Direito pátrio esteja em vigor no plano internacional. Na prática, o juiz ou tribunal o implementará mediante a compatibilização da lei objeto do controle com a matéria dos tratados paradigmas. Verificando-se a contrariedade, bem como a hipótese da proteção conferida pelo tratado ser mais benéfica do que a do Direito interno, declarar-se-á a invalidade da lei para o caso concreto, pois assim como no controle difuso de constitucionalidade, os efeitos aqui também se restringem às partes do caso no qual a análise foi feita (MAZZUOLI, 2016). Assim,

[...] os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem (MAZZUOLI, 2016, p. 176).

Para Mazzuoli (2016), o controle difuso de convencionalidade existe no Brasil desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O autor constrói seu raciocínio basicamente levando em consideração o conteúdo de dois dispositivos constitucionais originários. Primeiro

aponta o próprio § 2º do artigo 5º da CF/1988,⁷⁰ do qual decorre, consoante mencionado, um dos paradigmas para o exercício da aludida modalidade de controle, isto é, os tratados sobre direitos humanos materialmente constitucionais (tratados de direitos humanos com *status* de norma constitucional). Além disso, indica a previsão constante do artigo 105, inciso III, alínea “a”, da CF/1988,⁷¹ remetendo-se ao controle de convencionalidade difuso que pode ser praticado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O modelo concentrado de controle de convencionalidade, por sua vez, segue a mesma linha do controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, sua apreciação encontra-se adstrita ao Supremo Tribunal Federal, que cumprirá com o objetivo pautando-se nos paradigmas próprios para o exercício desse controle (tratados sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais).

Então, diante da violação de algum direito previsto em tratado sobre direitos humanos aprovado nos termos do § 3º do artigo 5º da CF/1988, referida Corte poderá ser acionada com o objetivo de aferir se a lei objeto de controle ofende as disposições do tratado paradigma. Para tanto, recorre-se aos típicos instrumentos disponíveis para o controle de constitucionalidade, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o próprio Mandado de Injunção (MAZZUOLI, 2016). “Aparece, aqui, a possibilidade de invalidação *erga omnes* das leis domésticas incompatíveis com as normas dos tratados de direitos humanos” (MAZZUOLI, 2016, p. 193). Nesse caso, portanto, os efeitos produzidos são oponíveis a todos.

Anotadas, com isso, algumas noções que todo aquele que trabalha ou pretende trabalhar com o controle de convencionalidade deve ter em mente. Do contrário, corre-se o risco de cometer algum equívoco conceitual, passível de influir de modo negativo na dinâmica protetiva dos direitos humanos.

⁷⁰ “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” (BRASIL, 1988).

⁷¹ “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência [...]” (BRASIL, 1988).

2.2 Parâmetros para a aplicação do controle

A finalidade do presente item é verificar as bases para implementação prática do controle de convencionalidade, explorando-se os parâmetros disponíveis para o seu exercício. Pretende-se, com isso, erigir o suporte para a terceira parte da pesquisa, que será dedicada à exemplificação prática do referido controle.

A investigação desenvolvida precisa passar, necessariamente, pelo estudo dos paradigmas aplicáveis ao controle de convencionalidade, uma vez que é em relação a eles que será aferida a compatibilidade do objeto submetido ao controle. Dito de outro modo, pesquise-se aquilo com o que a espécie normativa, cuja convencionalidade é controlada, será confrontada para, então, concluir-se por sua (in)convencionalidade [e (in) validade].

Com efeito, discorrer acerca dos parâmetros para o controle de convencionalidade significa abordar o que pode servir de base para o exercício do controle, isto é, todo o arcabouço de direitos e garantias da humanidade que, diante da suspeita de violação pelo objeto a ser controlado é passível de invocação pelo órgão/entidade que desenvolverá o instrumento de monitoramento.

Essa ideia de conjunto de direitos humanos inevitavelmente remete aos clássicos documentos de proteção, sobretudo às Declarações de Direitos. No cenário interamericano, ao qual o trabalho especificamente se volta, é a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos que logo vem à mente.

Por certo, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos constitui o principal instrumento de proteção de direitos no Sistema Interamericano. Dada a importância que possui, convém, antes de prosseguir com a tratativa dos paradigmas, tecer algumas considerações a seu respeito. Inicia-se, contudo, pelos sistemas de proteção de direitos.

2.2.1 Sistemas Internacionais de Proteção de Direitos e documentos produzidos

Ao longo dos tempos, a fim de resguardar os direitos inerentes à pessoa, foram organizados Sistemas Internacionais de Proteção. Tal se verificou no âmbito global, sobretudo por meio do surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), bem como em cenários regionais, restritos a determinados espaços do globo, a exemplo dos Sistemas europeu, africano e americano.

Referidos Sistemas, compostos por órgãos e instrumentos de proteção, fizeram com que os Estados deixassem de ser os únicos responsáveis pelos direitos dos homens. A mudança também foi sentida no próprio Direito internacional, cujo papel se viu transformado.

A preocupação com os direitos humanos não mais seria ônus exclusivo dos Estados. Do mesmo modo, deixaria de tangenciar o Direito Internacional apenas em assuntos específicos e normalmente afeitos às relações mantidas entre os Estados (v.g.: os direitos decorrentes de conflitos bélicos) para alcançar a generalidade dos seres humanos, reconhecendo a sua condição de titulares de direitos e a existência da correlata obrigação jurídica dos Estados em observá-los (GARCIA, 2009, p. 23–24).

Há quem entenda que a atuação dos sistemas regionais confere melhor proteção se comparada à atividade do Sistema Global. Na verdade, isso ocorreria como consequência de uma espécie de comunhão de propósitos estabelecida entre os países que fazem parte de um mesmo sistema regional, seja em virtude de suas especificidades geográficas, culturais ou históricas. Assim, “os Estados situados num mesmo contexto geográfico, histórico e cultural têm maior probabilidade de transpor os obstáculos que se apresentam em nível mundial” (GUERRA, 2015, p. 145).

Entretanto, a incidência da proteção do Sistema Global não exclui a atuação dos sistemas regionais, uma vez que entre eles se estabelece uma relação de complementariedade. Deveras, aludidos sistemas coexistem em favor do aumento da proteção e efetivação de direitos dentro dos Estados-partes (PIOVESAN, 2015). Na prática, prevalece o que houver de mais benéfico em cada um dos sistemas, razão pela qual aqui se remete à noção do princípio *pro homine*, já mencionado no capítulo anterior.

O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos emergiu no momento seguinte à Segunda Grande Guerra, como produto da conscientização gradativa do homem como sujeito de direitos. A percepção das nefastas consequências das disputas de poder nos moldes verificados implicou em transformações da ordem jurídica dos Estados, cujas características até então eram norteadas pela irrestrita supremacia e não interferência. Portanto, na linha do que foi exposto no primeiro capítulo, afrouxaram-se as amarras da absoluta soberania dos países.

O primeiro passo foi a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945. Embora a nomenclatura “Nações Unidas” tenha sido empregada, pela primeira vez, na Declaração das Nações Unidas, em 1º de janeiro de 1942, e a Carta das Nações Unidas elaborada na Conferência sobre Organização Internacional ocorrida em São Francisco, no

período de 25 de abril a 26 de junho de 1945,⁷² o momento oficial do nascimento da ONU foi aos 24 de outubro de 1945, quando da ratificação da Carta da ONU por grande parte dos Estados signatários.⁷³

Guerra (2015, p. 101–102) assevera que:

O sistema de proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Organização das Nações Unidas caracteriza-se como um sistema de cooperação intergovernamental que tem por objetivo a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana.

Contudo, foi nos anos seguintes que o Sistema Universal passou a ser verdadeiramente delineado, dada a aprovação de outros instrumentos internacionais de resguardo de direitos, a iniciar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, aos 10 de dezembro de 1948, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Gradualmente, a Declaração Universal teve seu elevado grau de abstração reduzido e, assim, deixou de ser considerada mera recomendação. Ela comporta, pois, um patamar básico de direitos (GARCIA, 2009). É exatamente por isso, inclusive, que deve ser ponderada a visão que defende a necessidade de regulamentação regional de suas disposições para que sua aplicabilidade seja efetivada.

O argumento de que a implementação e a execução das disposições da Declaração exigiriam a delimitação do seu exato alcance por convenções particulares merece temperamentos, pois o seu aspecto costumeiro também recai sobre o reconhecimento de um padrão mínimo de direitos, que independe de qualquer adendo e enseja uma interpretação mais restritiva do princípio da não-intervenção. Além disso, é evidente a “função hermenêutica” desempenhada pela Declaração ao auxiliar a interpretação das normas internas voltadas à proteção dos direitos humanos (GARCIA, 2009, p. 31).

Para Ferrajoli (2002), a Declaração Universal, somada à Carta da ONU, permitiu significativa alteração da ordem normativa do globo, pois à medida que a liberdade, outrora absoluta e ilimitada, submeteu-se aos preceitos fundamentais da paz e da tutela de direitos humanos, o mundo foi transportado do estado de natureza para o estado civil.

⁷² A Carta das Nações Unidas foi ratificada pelo Brasil aos 12 de setembro de 1945 e, na sequência, por meio do Decreto Executivo n.º 19.841, de 22 de outubro de 1945, ela foi promulgada. Vale lembrar que parte integrante da referida Carta é o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

⁷³ ONUBR – Nações Unidas no Brasil. A História da Organização. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

No Sistema Global de Proteção também ganham destaque o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁷⁴ ambos aprovados na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966.

Relativamente à proteção em âmbito regional, pode-se afirmar que existem, basicamente, três Sistemas: o europeu, o africano e o americano. Na verdade, também há um incipiente projeto de proteção de direitos no mundo árabe, todavia, apesar de estar fundado em documentos como a Declaração Universal Islâmica de Direitos Humanos (1981) e a Carta Árabe Dos Direitos do Homem (1994), ele ainda não pode ser considerado um sistema tal como os existentes na Europa, América e África. Guerra (2015) explica que a falta de efeitos jurídicos no plano prático é o que impede o Sistema Árabe de ser mais que um anseio.

No que toca ao Sistema Europeu, o contexto de sua origem foi o mesmo que ensejou o nascimento do Sistema Global de Proteção, isto é, o das trágicas consequências advindas da Segunda Guerra Mundial. A Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 inaugurou documentalmente a salvaguarda de direitos, entretanto hoje a proteção fica a cargo, sobretudo, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000. Quanto aos órgãos, o Conselho da Europa e a Corte Europeia de Direitos Humanos são os expoentes regionais para as atividades de resguardo e efetivação de direitos (GUERRA, 2015).

O Sistema Africano, por sua vez, compõe-se principalmente pela União Africana,⁷⁵ pela Comissão Africana de Direitos Humanos e Direitos dos Povos, e pela Corte Africana de Direitos Humanos, instituições responsáveis por controlar e garantir a proteção de direitos. O documento basilar do Sistema é a Carta Africana sobre Direitos Humanos e Direitos dos Povos, adotada em 28 de junho de 1981, em Nairóbi (Quênia), cujo conteúdo prestigia disposições voltadas à proteção dos direitos dos povos.⁷⁶ Esta característica distingue o Sistema Africano dos demais Sistemas Regionais, pois nestes a preocupação primeira é com

⁷⁴ Este Pacto, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, teve seu texto aprovado no âmbito interno do Brasil por meio do Decreto Legislativo n.º 226, 1991. Quanto à promulgação, a do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos se deu por meio do Decreto Executivo n.º 592, de 06 de julho de 1992. Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi promulgado pelo Decreto Executivo n.º 591, de 06 de julho de 1992.

⁷⁵ Em 2000 a denominação “União Africana” substituiu a antiga nomenclatura “Organização da Unidade Africana – OUA”.

⁷⁶ O documento também é conhecido como “Carta de Banjul” em razão das importantes Conferências Ministeriais ocorridas em Banjul, na Gâmbia, responsáveis por resgatar o projeto da Carta Africana das ameaças sofridas no momento anterior de sua aprovação (AFRICAN, 2018).

os direitos civis e políticos e não com direitos voltados ao progresso e independência dos Estados (GUERRA, 2015).

Como já assinalado, no presente trabalho se atribui especial atenção ao Sistema de Proteção do qual o Brasil faz parte, vale dizer, ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, dado que é neste Sistema que serão encontrados os principais parâmetros para a aplicação do controle de convencionalidade estudado, conforme será possível conferir.

A I Conferência Internacional Americana, realizada no período compreendido entre outubro de 1889 e abril de 1890, resultou na criação da União Internacional das Repúblicas Americanas, a partir da qual surgiram diversas disposições e instituições que deram início ao que mais tarde ficou conhecido como Sistema Interamericano, o mais antigo Sistema de Proteção Regional (OEA, 2018).

O pilar do Sistema é a Organização dos Estados Americanos (OEA). Foi formalmente fundada durante a IX Conferência Internacional Americana por meio da assinatura da Carta da OEA, na cidade de Bogotá, Colômbia, aos 30 de abril de 1948.⁷⁷ A Carta entrou em vigor em 13 de dezembro de 1951 e teve como preocupação a garantia de direitos voltados à manutenção da paz e à segurança do continente americano. Do mesmo modo, contemplou princípios destinados a nortear as atividades dos Estados-membros da organização (OEA, 2018).

Na mesma Conferência Internacional foi adotada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948,⁷⁸ cujo conteúdo deixou clara a necessidade de observância da dignidade da pessoa humana e dos direitos que dela decorrem independentemente da origem da pessoa, ou seja, de sua nacionalidade, uma vez que a base para lhe conferir proteção provém da natureza do homem. Nessa lógica, a Declaração prescreve que toda a atuação de cunho político deve ser guiada, precipuamente, ao resguardo e à concretização desses direitos (GARCIA, 2009).

Tal como ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 assumiu, com o tempo, verdadeira importância normativa, “[...] daí decorrendo a sedimentação do seu caráter imperativo, seja com base no costume internacional, seja com fundamento nos princípios gerais de Direito” (GARCIA, 2009, p. 35).

⁷⁷ Foi promulgada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 30.544, de 14 de fevereiro de 1952.

⁷⁸ COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos: Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

O complexo de normas do Sistema Interamericano também abrange instrumentos como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969; o Protocolo adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (Protocolo de São Salvador);⁷⁹ o Protocolo adicional à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte de 1990;⁸⁰ a Carta Democrática Interamericana de 2001;⁸¹ a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas;⁸² a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência;⁸³ a Convenção Interamericana contra o Terrorismo⁸⁴. Apesar do indubitável valor de cada um desses documentos,⁸⁵ é o primeiro acima apontado, a Convenção Americana de 1969, que mais se destaca, sobretudo pelos deveres que atribui aos Estados-partes.⁸⁶

⁷⁹ Referido Protocolo entrou em vigor aos 17 de novembro de 1988. O Brasil o ratificou aos 08 de agosto de 1996 e depositou seu instrumento no dia 21 do mesmo mês (2018). Foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 56, de 1995, e promulgado pelo Decreto Executivo n.º 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

⁸⁰ A aprovação deste Protocolo se deu pelo mesmo Decreto Legislativo que aprovou o Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), isto é, pelo Decreto Legislativo n.º 56, de 1995. Já o Decreto responsável por promulgá-lo foi o Decreto Executivo n.º 2.754, de 27 de agosto de 1998. Referido Protocolo entrou em vigor internacional aos 28 de agosto de 1991, foi ratificado pelo Brasil em 31 de julho de 1996, e teve seu instrumento depositado aos 13 de agosto de 1996 (OEA, 2018).

⁸¹ COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos: Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/r.Cartademocr%C3%A1tica.htm>>. Acesso em: 22 set. 2018.

⁸² A Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, dada a localidade de sua conclusão, foi assinada aos 10 de junho de 1994 e entrou em vigor aos 30 de março de 1996. O Brasil a ratificou aos 26 de julho de 2013 e depositou o instrumento aos 03 de fevereiro de 2014 (OEA, 2018). Seu texto foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 127, de 2011, e promulgado pelo Decreto Executivo n.º 8.766, de 11 de maio de 2016.

⁸³ Esta Convenção, por sua vez, foi concluída em 7 de junho de 1999, por ocasião do XXIX Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, realizado no período de 6 a 8 de junho de 1999, na cidade de Guatemala. Foi adotada em 8 de Junho de 1999 e entrou em vigor em 14 de setembro de 2001. O Brasil ratificou-a aos 17 de julho de 2001 e aos 15 de agosto do mesmo ano depositou o instrumento (OEA, 2018). Aqui, foi aprovada por força do Decreto Legislativo n.º 198, de 2001, e promulgada pelo Decreto Executivo n.º 3.956, de 8 de outubro de 2001.

⁸⁴ A Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002, foi aprovada pelo Brasil por força do Decreto Legislativo n.º 890, de 2005, e promulgada pelo Decreto Executivo n.º 5.639, de 26 de dezembro de 2005. Todavia, já estava em vigor desde 10 de julho de 2003, e a ratificação pelo Brasil data de 26 de setembro de 2005, com depósito do instrumento aos 25 de outubro de 2005 (OEA, 2018).

⁸⁵ Aqui mencionados a título de mera ilustração, uma vez que existem vários outros, a exemplo do Protocolo à Convenção Interamericana para a Abolição da Pena de Morte e a Convenção Contra Toda Forma de Intolerância.

⁸⁶ Nesse sentido, Piovesan (2015).

A Convenção Americana ficou conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em razão da cidade na qual ela foi assinada, isto é, São José, capital da República da Costa Rica. Não obstante o compromisso tenha sido firmado aos 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência Interamericana especializada sobre Direitos Humanos, somente em 18 de julho de 1978 foi que a Convenção entrou em vigor, eis que cumprido o disposto em seu artigo 74.2, isto é, o depósito do instrumento de ratificação na Secretaria Geral da OEA pelo 11º Estado-parte.⁸⁷

O Brasil figura entre os países que mais tarde se comprometeram, ratificando-a somente aos 25 de setembro de 1992.⁸⁸ O depósito do instrumento de ratificação se deu aos 25 de setembro do mesmo ano, e os trâmites internos seguiram a aprovação por meio do Decreto Legislativo n.º 27, de 1992 e a promulgação pelo Decreto Executivo n.º 678, de 6 de novembro de 1992.

Insta salientar que nem todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos aderiram ao Pacto de São José.⁸⁹ Desse modo, fala-se que no cenário americano há dois sistemas de proteção (sistema duplo de proteção). Os países que não ratificaram a Convenção Americana de 1969 se submetem única e exclusivamente ao sistema tradicional, que é composto pelas disposições constantes da Carta da OEA e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Já os Estados que ratificaram o Pacto de São José, além da proteção conferida pelo sistema tradicional, também fazem jus a tudo o que nele é previsto (GUERRA, 2015).

⁸⁷ Do texto original da Convenção: Artículo 74.2: “La ratificación de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión”. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 22 set. 2018. Aos 14 de julho de 1978 o Primeiro-Ministro e o Ministro das Relações Exteriores de Granada ratificaram em nome do Estado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 22 set. 2018.

⁸⁸ Importa anotar que Trindade e Tobago denunciou a Convenção em 26 de maio de 1998, e aos 10 de setembro de 2012 foi a Venezuela que assim procedeu. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad%20y%20Tobago>. Acesso em: 22 set. 2018.

⁸⁹ Antígua e Barbuda, Bahamas, Belize, Canadá, Estados Unidos, Guiana, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas são os nove países americanos que não ratificaram a Convenção. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Trinidad%20y%20Tobago>. Acesso em: 22 set. 2018.

Organizada em um preâmbulo e três partes,⁹⁰ a Convenção Americana de 1969 estabelece um verdadeiro catálogo de direitos civis e políticos, dentre os quais merecem destaque: direito à vida (artigo 4); direito a não ser submetido à escravidão (artigo 6); direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3); direito à liberdade pessoal (artigo 7); direito à compensação em caso de erro judiciário (artigo 10); direito à proteção da honra e da dignidade (artigo 11); direito à liberdade de consciência e de religião (artigo 12); direito à liberdade de pensamento e de expressão (artigo 13); direito de resposta (artigo 14); direito à liberdade de associação (artigo 16); direito ao nome (artigo 18); direito à nacionalidade (artigo 20); direito de circulação e de residência (artigo 22); direito a participar do governo e outros direitos políticos (artigo 23); direito à igualdade perante a lei (artigo 24); direito à proteção judicial (artigo 25).

Apesar do texto consagrado no preâmbulo do Pacto, que reitera o teor da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 no sentido de que o ideal do homem livre (da miséria, inclusive) somente pode ser alcançado se a todos forem disponibilizadas condições suficientes para gozar dos direitos civis e políticos e, ao mesmo tempo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, o fato é que praticamente a totalidade dos direitos previstos na Convenção está relacionada às liberdades públicas, ou seja, são direitos ligados às chamadas prestações negativas.

Eis as lições de Sarlet (2001, p. 18) acerca dos direitos assim classificados:

Os direitos fundamentais na sua função defensiva caracterizam-se, portanto, essencialmente, como *direitos negativos*, dirigidos precipuamente a uma *conduta omissiva por parte do destinatário* (Estado ou particulares – na medida em que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais). Abrangem, além dos assim denominados *direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade*, os quais integram o que se convencionou chamar de *primeira geração* dos direitos fundamentais. No mais, fazem parte deste grupo todos os direitos fundamentais que *objetivam*, em primeira linha, a proteção de certas *posições jurídicas contra ingerências indevidas*, de tal sorte que, em princípio, se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade (em todos os seus aspectos), assegurando, além disso, uma esfera de autodeterminação (autonomia) do indivíduo. Percebe-se, pois, que o espectro dos direitos de defesa, os quais podem ser enquadrados no “status negativus e/ou libertatis” do qual já nos falava Jellinek, é de uma amplitude ímpar, englobando também as garantias fundamentais (direitos-garantia), os direitos políticos, proteção da intimidade e vida privada, parte dos direitos sociais e até mesmo os novos direitos contra manipulações genéticas e a assim

⁹⁰ A primeira trata dos deveres dos Estados; a segunda, dos meios de proteção; a terceira, das disposições gerais e transitórias.

denominada liberdade de informática e o direito a autodeterminação informativa (grifo nosso).

Deveras, a Convenção Americana de 1969 é tímida ao se referir aos direitos de prestação que, de outro lado, carecem de atuação positiva por parte do Poder estatal. São os direitos conhecidos como de segunda geração/dimensão, voltados a aspectos de cunho social, a exemplo de educação, saúde, cultura e distribuição de recursos econômicos. Alves, Oliveira e Diniz (2016) explicam que são direitos sociais em função da relação que possuem com as reivindicações de justiça social.

Apesar da frágil previsão nesse sentido, a Convenção não deixa de atribuir à referida categoria de direitos o devido valor. Primeiro pela própria determinação contida em seu artigo 26, que prevê a necessidade dos Estados-partes adotarem providências, no âmbito interno e internacional, de cunho legislativo ou não, para que progressivamente seja alcançada a concretização de direitos sociais. Em segundo lugar, pelo Protocolo adicional ao Pacto em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais, o denominado Protocolo de São Salvador, adotado em São Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988.⁹¹

Em termos gerais, os direitos contemplados no referido protocolo são: direito ao trabalho; direito a condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho; direitos sindicais; direito à seguridade social; direito à saúde; direito ao meio ambiente saudável; direito à alimentação; direito à educação; direito à constituição e à proteção da família; direito à infância; direito à proteção especial na velhice; direito à proteção dos deficientes.

No âmbito específico dos direitos econômicos, sociais e culturais, uma forma de atuação implementada pela Organização dos Estados Americanos que vem se mostrando bastante eficaz na aferição do nível de sua concretização pelos Estados-partes é a utilização de indicadores. Piovesan (2017) explica que a técnica encontra base nos princípios da igualdade e não discriminação, do acesso à justiça, e do acesso à informação, à participação e ao empoderamento. A autora constata os efeitos advindos do emprego do sistema de indicadores:

Três são os extraordinários avanços decorrentes da aplicação do sistema de indicadores para mensurar o exercício dos direitos sociais: a) permite incorporar a perspectiva de direitos humanos nas políticas públicas; b) fomenta a geração de informações, dados e estatísticas a compor uma base

⁹¹ Referido Protocolo entrou em vigor aos 16 de novembro de 1999. O Brasil o ratificou aos 08 de agosto de 1996 e depositou seu instrumento no dia 21 do mesmo mês (2018). Foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 56, de 1995, e promulgado pelo Decreto Executivo n.º 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

sólida para diagnosticar a situação dos direitos sociais, sob as perspectivas de gênero, étnico-racial, etária e diversidade sexual; c) contribui para o fortalecimento de políticas públicas, identificando prioridades e estratégias (PIOVESAN, 2017, p. 354).

Nota-se que, ao lado do rol de direitos abarcados tanto pela Convenção Americana de 1969 quanto pelo seu Protocolo em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, existem disposições que preveem meios de proteção. A Convenção assim o faz a partir de seu artigo 33, e o Protocolo de San Salvador, por sua vez, ao longo do artigo 19. Grosso modo, os instrumentos compreendem o regime de atuação dos dois principais órgãos do Sistema Interamericano de Proteção, ou seja, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente em prol do cumprimento dos deveres assumidos pelos Estados-partes.

Portanto, a aplicabilidade da Convenção Americana de 1959 no cenário do Sistema Interamericano de Proteção verifica-se, sobretudo, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada pela OEA em 1959 e com funcionamento desde 1960, bem assim da Corte Interamericana de Direitos Humanos, originada da própria Convenção de 1969 e instalada em 1979.

Há todo um procedimento a ser observado para a atuação desses dois órgãos, porém, o escopo do presente trabalho prescinde da referida abordagem, uma vez que o que essencialmente importa é o produto dessa atuação, pois, vale lembrar, neste momento o objeto de estudo circunda os paradigmas para o exercício do controle de convencionalidade.⁹²

2.2.2 O produto da atuação dos órgãos de proteção do SIPDH

Dito isso, apesar de aqui não se adentrar no mérito da organização, composição e procedimentos de atuação dos aludidos órgãos, serão assinalados alguns dos aspectos considerados fundamentais para a compreensão do objeto estudado.

O primeiro detalhe importante consiste no fato de que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos exerce sua competência sobre todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos, pouco importando se fazem parte do Pacto de São José. Isso porque

⁹² Sem contar que a devida análise tanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos exigiria o desenvolvimento de uma monografia inteira.

se trata de órgão criado em 1959,⁹³ ainda durante o início das atividades da OEA e, portanto, com projeção de suas tarefas sobre todos os países que já compunham a Organização.

Entretanto, estabelece-se uma diferença em sua atuação relativamente aos Estados da OEA que mais tarde aderiram à Convenção de 1969, uma vez que, neste caso, a Comissão também tem por fim resguardar os direitos nela previstos, enquanto que para os países que assim não procederam, suas atividades restringem-se às disposições da Carta Americana de Direitos Humanos e da Declaração Americana de 1948.

Quanto à disciplina normativa da Comissão, na linha do que até então foi exposto, desprende-se que são dois os documentos a ela destinados. Consoante acentua Guerra (2015, p. 195), “[...] a Comissão possui tratamento normativo em dois documentos internacionais – a Carta da OEA e a Convenção Americana – onde funciona como órgão da Organização Internacional e também do próprio Pacto de São José”. No que tange ao primeiro instrumento, a Carta da OEA, a Comissão possui regulamentação específica em seu artigo 106, dele constando que sua principal função consiste na promoção do respeito e da defesa dos direitos humanos, servindo como órgão consultivo da OEA a respeito, inclusive. O Pacto de São José, por seu turno, trata da Comissão de modo muito mais abrangente, fazendo-o ao longo de dezoito artigos.

Com efeito, o Capítulo VII da Convenção Interamericana de 1969 destina-se ao tema, dividindo seu tratamento em quatro seções. A primeira delas vai dos artigos 34 ao 40, e trata da organização da Comissão. A segunda seção engloba as funções do órgão (artigos 41 ao 43). A seção seguinte, por sua vez, abrange a competência da Comissão (artigos 44 ao 47). A quarta seção, finalmente, estende-se dos artigos 48 ao 51 e aborda o processo perante a Comissão. Além disso, o detalhamento da matéria pode ser encontrado no Regulamento da Comissão.⁹⁴

A principal função da Comissão está relacionada à promoção, observância e defesa dos direitos humanos. Para alcançar esse desiderato, no que tange à promoção dos direitos humanos, deve a Comissão preparar estudos, relatórios e propor recomendações aos Estados, tendo em vista a adoção de medidas que favoreçam o sistema de proteção aos direitos humanos no plano doméstico, como também conhecer petições individuais e comunicações

⁹³ Porém, a instalação formal da Comissão só ocorreu no ano de 1960, quando da aprovação de seu estatuto (OEA, 2018). OEA: mais direitos para mais pessoas. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/comissao_direitos_humanos.asp>. Acesso em: 22 jun. 2018.

⁹⁴ COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos: Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acesso em: 13 set. 2018.

interestatais que contenham denúncias de direitos que tenham sido aviltados, nos termos da Convenção (GUERRA, 2015, p. 195).

Inicialmente, a Comissão apenas elaborava estudos, relatórios e recomendações aos Estados visando posturas capazes de concretizar direitos. Com o passar do tempo, todavia, o órgão ampliou sua atuação e hoje alcança instrumentos como as comunicações interestatais e o recebimento de petições individuais (GUERRA, 2015), o que eleva ainda mais sua contribuição com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos.

A professora de Direito Internacional Público e Direitos Humanos Mônica Pinto (1993, apud PIOVESAN, 2015) classifica a atuação da Comissão Interamericana englobando, por exemplo, o exame de petições encaminhadas por indivíduos ou por Organizações não Governamentais alegando a violação de direitos protegidos pela Declaração de Direitos e Deveres do Homem ou pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos; a produção de informes sobre a situação dos direitos humanos nos países que compõem o Sistema Interamericano; a visitação para fins de investigação *in loco* nos territórios dos Estados-partes.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos caminha ao lado da Comissão na soma de esforços para efetivação de direitos. Criada pela Convenção Americana de 1969, equivale ao órgão judicial do Sistema Interamericano. Envolve-se de independência e autonomia, e tem por escopo a aplicação e a interpretação do Pacto de São José (GUERRA, 2015).

A disciplina normativa da Corte IDH se verifica logo na sequência à da Comissão, isto é, no Capítulo VIII do Pacto. Este se divide em três seções: a primeira abrange a organização da Corte (artigos 52 ao 60); a segunda destina-se às suas funções e competências (artigos 61 ao 65); a terceira, por fim, compreende o processo na Corte (artigos 66 ao 69). Outrossim, importantes características são extraídas do próprio Estatuto da Corte IDH, a exemplo da especificação das funções por meio das quais ela exerce suas atividades. A esse respeito merece destaque o texto do artigo 2º do aludido Estatuto:⁹⁵

A Corte exerce função jurisdicional e consultiva.

1. Sua função jurisdicional se rege pelas disposições dos artigos 61, 62 e 63 da Convenção.
2. Sua função consultiva se rege pelas disposições do artigo 64 da Convenção.

⁹⁵ COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos: Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>>. Acesso em 22 set. 2018.

A atribuição consultiva da Corte envolve a atividade de interpretação do conteúdo do Pacto de São José, bem como de outros tratados de direitos humanos no âmbito interamericano. Seu desempenho implica na emissão de opiniões consultivas, que são desenvolvidas com base em estudos aprofundados acerca da abrangência e projeção da Convenção Interamericana. No exercício da função jurisdicional, de outro lado, a Corte se pronuncia em casos nos quais Estados-partes são denunciados por violação à Convenção. Fala-se, nesta hipótese, na jurisdição contenciosa da Corte, cuja prática pode implicar na determinação de adoção de medidas ou tomada de posturas por parte do Estado violador, de maneira que reste cessada a situação de ofensa e restaurado o direito infringido (PIOVESAN, 2017).

Qualquer País-membro da Organização dos Estados Americanos pode solicitar a opinião da Corte IDH relativamente à maneira de interpretar a Convenção ou outro tratado de direitos humanos, ou seja, para que determinado Estado-parte da OEA conte com a participação consultiva da Corte, pouco importa se ele ratificou o Pacto de São José. É o que Piovesan (2017, p. 364) ensina:

[...] no plano consultivo, qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar o parecer da Corte em relação à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

O mesmo não é possível dizer com relação à jurisdição contenciosa, pois para que um Estado a ela se submeta, precisa ter aderido ao Protocolo que a implementou. De acordo com as lições deixadas pelo estudioso em Direito internacional Louis Bruno Sohn (1973, apud PIOVESAN, 2017, p. 369–370):

A Convenção Americana de Direitos Humanos também contém cláusulas opcionais, pelas quais um Estado-parte pode aceitar a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com respeito a todas as questões relacionadas à interpretação ou aplicação da Convenção. Uma vez que esta jurisdição tenha sido aceita por um Estado-parte, um caso pode ser submetido à Corte, seja pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, seja por um outro Estado-parte.

No Brasil, a submissão à aludida jurisdição se deu por meio do Decreto Legislativo n.º 89, de 3 de dezembro de 1998, responsável pela aprovação da solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. As ocorrências passíveis de incidir em violação dos direitos previstos no Pacto de São José

passaram, assim, a contar com a possibilidade de apreciação pela Corte IDH, que desde o início de suas atividades, dos 358 casos contenciosos por ela já julgados, 13 envolveram o Estado brasileiro (CORTE IDH, 2019).

Nessa conformidade, tudo o que até então foi abordado neste item do capítulo teve o propósito de apresentar aquilo que pode servir de base para a aplicação do controle de convencionalidade.

Assim, no que se refere ao bojo normativo do Sistema Interamericano, é o Pacto de São José da Costa Rica que representa o principal parâmetro para o desenvolvimento do controle. Entretanto, o exercício deste instrumento de proteção a ele não se restringe, pois pode abranger qualquer dos tratados e declarações sobre direitos humanos ratificados pelo Estado.

Não apenas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é paradigma para o controle (difuso ou concentrado) de convencionalidade, senão todo e qualquer tratado de direitos humanos em vigor no Estado. A própria Corte Interamericana tem entendido dessa maneira ao se referir, em sua jurisprudência constante, a “um tratado internacional como a Convenção Americana...”. Ou seja, *a Convenção Americana é um dos vários tratados ratificados pelo Estado que servem de paradigma ao controle das normas do direito interno*. Portanto, será também sob esse prisma – de que todos os tratados de direitos humanos em vigor no Estado são paradigma para o controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2016, p. 67, grifo nosso).

Na verdade, a possibilidade de invocar outros tratados de proteção decorre da própria Convenção Americana de 1969, nos seguintes termos:

Artigo 64

1. Os Estados-Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

Mazzuoli (2016) aponta que a primeira vez em que outro documento diverso da Convenção de 1969 foi utilizado pela Corte Interamericana para o exercício do controle se deu em 2005, no *Caso Gómez Palomino Vs. Peru*,⁹⁶ cuja base para controlar a convencionalidade foi extraída da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994 (Convenção de Belém do Pará).

⁹⁶ O caso se refere à responsabilidade internacional do Estado peruano pelo desaparecimento forçado de Santiago Gómez Palomino por parte de agentes militares, bem como pela falta de investigação e punição dos responsáveis (CORTE IDH, 2005, tradução nossa).

Deveras, a Corte ratificou essa posição de que qualquer outro tratado sobre direitos humanos pode ser invocado para fins de aferição da convencionalidade no ano de 2012, quando se pronunciou no *Caso Gudiel Álvarez e Outros (Diário Militar) Vs. Guatemala* (MAZZUOLI, 2016).⁹⁷

Acrescenta-se o fato de que os tratados em matéria de direitos humanos diversos da Convenção de 1969 a serem invocados não precisam, necessariamente, advir da produção normativa do Sistema Interamericano de Proteção. Mazzuoli (2016) realiza uma interpretação extensiva do artigo da Convenção que autoriza a invocação de outros instrumentos, afirmando, com isso, que até as Convenções emanadas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) podem servir de paradigma para o controle.

Destaque-se que a expressão derradeira “concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos” conota *todos* os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor nos Estados-partes à Convenção Americana, quer provenham do sistema onusiano (sistema global) ou do nosso próprio sistema regional (interamericano); não necessitam esses instrumentos ser normas propriamente *interamericanas*, senão que sejam *aplicados* nos Estados-partes à Convenção Americana, ainda que provindos de outro âmbito (MAZZUOLI, 2016, p. 68, grifo do autor).

Desse modo, o conjunto normativo de direitos e garantias a ser utilizado como paradigma para o controle de convencionalidade, apesar de ter por base central o Pacto de São José, a ele não se resume. Outros documentos produzidos no âmbito do Sistema Interamericano (e, conforme se viu, no âmbito de outros sistemas de proteção), a exemplo dos mencionados no início deste tópico, também podem ser invocados para fins de controle,⁹⁸ consoante postura e entendimentos já adotados pela própria Corte Interamericana. Por derradeiro, não é demais trazer as considerações de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 1.383) a respeito:

Enquanto isso, também segundo a Corte Interamericana, o material normativo de controle, ou seja, o “bloco de convencionalidade”, é integrado

⁹⁷ O caso se refere à responsabilidade internacional do Estado guatemalteco pelo desaparecimento forçado de 26 pessoas, pela execução extrajudicial de uma pessoa, e por atos de tortura contra uma menina, por parte de agentes militares, bem como pela falta de investigação e punição dos responsáveis dos fatos (CORTE IDH, 2012, tradução nossa).

⁹⁸ Salienta-se que a referência aqui realizada é específica à produção dentro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, pois é particularmente em relação a este que o presente trabalho está voltado, eis que o Brasil dele faz parte, consoante já exposto.

pela Convenção, pelos demais tratados ou convenções de direitos humanos sob a tutela da Corte, bem como pelos seus precedentes.

Verifica-se que o apelo às garantias previstas em qualquer dos instrumentos de proteção é realizado de modo inaugural exatamente pelo órgão que dentro do Sistema Interamericano iniciou a tratativa do controle de convencionalidade, ou seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A atividade por ela exercida, por sua vez, implica no surgimento de outra espécie de parâmetro: os pronunciamentos nos casos concretos. Fala-se, aqui, na jurisprudência da Corte: “[...] a Corte Interamericana toma também como paradigma de controle de convencionalidade não somente os tratados de direitos humanos, em especial a Convenção Americana, senão também a *sua própria jurisprudência*” (MAZZUOLI, 2016, p. 69, grifo do autor).

Nesse passo, a questão que se coloca é se toda a atuação da Corte pode, de fato, constituir parâmetro para o controle ora analisado. Em outras palavras, faz-se necessário definir a extensão do produto de sua atuação passível de caracterizar parâmetro para o controle de convencionalidade.

Indaga-se, pois, se o resultado da função consultiva da Corte IDH também pode servir de paradigma para o controle de convencionalidade.

O material de controle é constituído pelos tratados de direitos humanos que um Estado assinou, aceitou e ratificou, começando, no nosso caso, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Mas (e este ‘mas’ é muito importante), também pelos critérios estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A questão a esclarecer é se esta envolve ou não as afirmações do tribunal feitas em julgamentos e em opiniões consultivas, ou apenas as do primeiro caso (SAGÜÉS, 2015, p. 276, tradução nossa).⁹⁹

Preliminarmente, vale assinalar a incontestável importância da jurisdição consultiva da Corte Interamericana, cuja provocação pelos Estados-partes ainda não se dá a contento. Nessa toada, Contreras (1995) entende que, ao invés de alguns países se preocuparem com eventual necessidade de reforma ou atualização do Pacto de São José, deveriam dedicar especial atenção à função consultiva da Corte, uma vez que a interpretação por ela exercida,

⁹⁹ Do original: “El <<material controlante>> esta conformado por los tratados de derechos humanos que un Estado ha suscripto, aceptado y ratificado, comenzando, en nuestro caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (<<Pacto de San José de Costa Rica>>). Pero (y este <<pero>> es muy importante), también por los criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La cuestión a dilucidar es si esto último involucra, o no, a las aseveraciones del tribunal vertidas en sentencias y en opiniones consultivas, o solamente en las primeras”.

além de respeitar o princípio *pro persona*, tende a acompanhar a evolução social, conferindo maior adequação prática e chances de efetivação da proteção almejada.

Os Estados deveriam fazer uso mais generoso da função consultiva da Corte, demonstrando um interesse genuíno em formas maiores e mais elaboradas de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, em vez de tentar reformar permanentemente o Pacto de San José, uma interpretação adequada de suas próprias disposições permitiria uma maior flexibilidade e eficácia em sua aplicação diária (CONTRERAS, 1995, p. 103, tradução nossa).¹⁰⁰

Corroborando o raciocínio acerca da maneira como a Corte IDH desempenha a atividade interpretativa, Piovesan (2017) avalia que não se trata de uma hermenêutica estática do rol de direitos e garantias tal como constam dos instrumentos de proteção. A autora ensina que, na verdade, a interpretação aplicada pela Corte Interamericana assemelha-se à da Corte Europeia, pois prima pela dinamicidade e evolução do conteúdo previsto, de modo a permitir que ele acompanhe a realidade que enseja a sua observância e, conseqüentemente, a expansão de direitos.

À vista disso, para Mazzuoli, a possibilidade dos pareceres consultivos constituírem parâmetros para o exercício do controle de convencionalidade se trata de medida plenamente cabível.

[...] frise-se que a Corte Interamericana, em seu papel de ‘intérprete última’ da Convenção Americana, emite também pareceres *consultivos* que devem ser (para além das sentenças) *respeitados* na órbita do direito interno, exatamente com o fim de *auxiliar* os juízes e tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis em face dos tratados internacionais de direitos humanos [...] (MAZZUOLI, 2016, p. 57, grifo do autor).

O professor Néstor Pedro Sagüés (2015, p. 280) se debruça com autoridade sobre o assunto e conclui que

É inegável que na opinião consultiva a Corte Interamericana interpreta em particular a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e que seu

¹⁰⁰ Do original: “Los Estados deberían hacer un uso más generoso de la función consultiva de la Corte, demostrando un interés genuino por mayores y más elaboradas formas de protección a los derechos humanos. En ese sentido, en lugar de intentar reformar permanentemente el Pacto de San José, una interpretación adecuada de sus propias disposiciones permitiría una mayor flexibilidad y eficacia en su aplicación cotidiana”.

trabalho, nessa tarefa, é de natureza judicial, senão jurisdicional, próprio do que se tem chamado uma consulta de convencionalidade (tradução nossa).¹⁰¹

Além disso, conforme acentua o mesmo autor, quando a Corte pronuncia-se referindo-se a algum paradigma para o exercício do controle decorrente de sua atividade “não contenciosa”, ela se utiliza de nomenclaturas e de termos genéricos, a exemplo de “a interpretação”, o que permite englobar as opiniões consultivas (SAGÜÉS, 2015).

Resta consignar, ademais, que como consequência lógica do que se constatou, isto é, de que produto da atividade consultiva da Corte pode configurar paradigma para o controle de convencionalidade, está o fato de que quando a Corte desenvolve a jurisdição consultiva, ela também pode aplicar o referido controle. Ao discorrer sobre a atribuição consultiva da Corte IDH, Piovesan (2017, p. 364) é categórica ao afirmar que ela “[...] ainda pode opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais, efetuando, assim, o ‘controle de convencionalidade das leis’”. Logo, percebe-se que a atividade consultiva da Corte Interamericana também é capaz de abranger exercício do controle de convencionalidade.

Por tudo isso, suficiente¹⁰² o exame da extensão da jurisdição da Corte IDH para fins da caracterização de paradigmas aplicáveis ao exercício do controle de convencionalidade. Assim, em breve síntese, eis a conclusão a que se chega: os direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos humanos de 1969 e em outros tratados sobre direitos humanos, oriundos do Sistema Interamericano e de outros Sistemas Regionais, ou mesmo do Sistema Global de Proteção, bem como toda a atividade executada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja ela a atuação em casos contenciosos ou a emissão de pareceres consultivos de caráter exclusivamente interpretativo, constituem paradigmas para o exercício do controle de convencionalidade.

Parte-se agora para o momento no qual serão analisados, de maneira específica e direcionada, alguns exemplos de controle de convencionalidade envolvendo o Brasil.

¹⁰¹ Do original: “[...] es innegable que en la opinión consultiva la Corte Interamericana interpreta en concreto a la Convención americana sobre derechos humanos, y que su trabajo, en tal quehacer, es de raíz judicial, sino jurisdiccional, propio de lo que se ha llamado una consulta de convencionalidad”.

¹⁰² Leia-se: Suficiente apenas para a pesquisa ora realizada, que de modo algum pretende esgotar o tema.

CAPÍTULO III – A PRÁTICA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Superadas as fases destinadas, em termos gerais, ao estudo da conjuntura de desenvolvimento do controle de convencionalidade no Direito brasileiro, e aos aspectos teóricos de sua definição e dos paradigmas que lhe servem, agora o trabalho cuidará de casos por meio dos quais se pretende visualizar a aplicação do instrumento.

Como o exame é especialmente voltado ao Estado brasileiro, opta-se por sua análise no âmbito da atuação dos três Poderes da República Federativa do Brasil. Antes disso, entretanto, também se mostra fundamental que a pesquisa passe pelo episódio em que a Corte IDH pronunciou-se praticando aludido mecanismo de controle com relação ao Direito pátrio, dada a importância que igualmente possui para a investigação.

3.1 O controle de convencionalidade pela Corte IDH

Consoante se desprende do conteúdo abordado no capítulo anterior, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 somente entrou em vigor em julho de 1978, momento a partir do qual também passaram a vigorar as disposições relativas à Corte IDH. Embora o dever de controlar a convencionalidade já pudesse ser extraído do texto do Pacto de São José, precisamente de seu artigo 64.2,¹⁰³ o pronunciamento expresso da Corte com relação ao mecanismo somente veio no ano de 2003¹⁰⁴ e, por unanimidade, em 2010.¹⁰⁵

Relativamente ao Brasil, que se submeteu às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992, e à jurisdição contenciosa da Corte IDH em 1998, a doutrina costuma apontar um caso específico no qual se verificou a prática do controle externo de convencionalidade das leis pelo referido órgão de proteção.¹⁰⁶

Com efeito, dentre os nove casos de jurisdição contenciosa envolvendo o Estado brasileiro já analisados pela Corte IDH¹⁰⁷ (alguns deles com pronunciamentos do órgão em

¹⁰³ Artigo 64. 2, *in verbis*: “A Corte, a pedido de um Estado-Membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados documentos internacionais” (CIDH, 1969).

¹⁰⁴ No *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (CORTE IDH, 2003).

¹⁰⁵ No *Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores Vs. México* (CORTE IDH, 2010).

¹⁰⁶ A exemplo de Walter Claudius Rothenburg (2013).

¹⁰⁷ Eis, em ordem cronológica de apreciação pela Corte IDH, os nove casos: *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil* (CORTE IDH, 2006); *Caso Nogueira de Carvalho e Outros Vs. Brasil* (CORTE IDH, 2006); *Caso Escher e Outros Vs. Brasil* (CORTE IDH, 2009); *Caso Garibaldi e Outros Vs. Brasil*

mais de uma oportunidade, dadas as diversas formas de atuação da Corte¹⁰⁸), o exemplo clássico trazido remonta à condenação do País no ano de 2010, no *Caso Gomes Lund e Outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) *Vs. Brasil*.

A título de contextualização, o caso refere-se às violações de direitos humanos sofridas pelo movimento de resistência (denominado “*Guerrilha do Araguaia*”) ao regime militar que se instalou quando do Golpe de Estado de 1964, o qual afastou o presidente João Goulart do poder. No período compreendido entre os anos de 1972 e 1975, diversas foram as ações empregadas pelas Forças Armadas contra referido grupo, culminando em 354 mortos e desaparecidos políticos (CORTE IDH, 2010).¹⁰⁹

Ocorre que em 28 de agosto de 1979 foi promulgada a Lei n.º 6.683, que teve por intuito conceder anistia política a todos aqueles que cometeram crimes políticos e crimes com eles conexos durante o regime militar. O § 1º do artigo 1º da referida Lei define como crimes conexos aos crimes políticos “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política” (BRASIL, 1979). Pelo fato de tal dispositivo englobar a prática de crimes de “qualquer natureza”, nos quais se enquadrariam, por exemplo, homicídios, desaparecimentos forçados, lesões corporais, estupros e abusos de autoridade, a princípio o benefício da anistia alcançaria a todos os sujeitos ativos de referidos delitos, ou seja, todos os envolvidos na transgressão de direitos humanos do grupo resistente.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a questionar se referida lei, anterior ao novo diploma Constitucional, teria sido por ela recepcionada, uma vez que contrária aos seus ditames, sobretudo aos princípios democrático e republicano, à dignidade da pessoa humana e ao dever do Poder Público de não ocultar a verdade.

(CORTEIDH, 2009); *Caso Gomes Lund e Outros* (“*Guerrilha do Araguaia*”) *Vs. Brasil* (Corte IDH, 2010); *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil* (CORTE IDH, 2016); *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil* (CORTE IDH, 2017); *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil* (CORTE IDH, 2018); *Caso Herzog e Outros vs. Brasil* (CORTE IDH, 2018). No total, registram-se 78 jurisprudências emanadas da Corte IDH envolvendo o Brasil (até o momento da impressão da presente dissertação, isto é, aos 04 de fevereiro de 2019). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es&nId_Estado=6>. Acesso em: 04 fev. 2019.

¹⁰⁸ Além do exame de mérito propriamente dito, a Corte IDH também se manifesta, por exemplo, numa espécie de exame de admissibilidade do caso, bem como em sede de supervisão de cumprimento de sentença.

¹⁰⁹ O caso chegou à Corte IDH em 2009 por meio de petição da Comissão Interamericana, a qual, por sua vez, havia recebido, no ano de 1995, petição do Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Instituto de Estudos da Violência do Estado, e do Centro pela Justiça e Direito Internacional (CORTE IDH, 2010).

Um dos questionamentos foi formalizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no ano de 2008, por meio da propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153,¹¹⁰ na qual se contestou a validade da abrangência da Lei de Anistia justamente em virtude do conteúdo do artigo 1º, § 1º, que não poderia, para o Conselho, ser interpretado no sentido de permitir que a anistia política fosse estendida aos agentes públicos autores de crimes comuns, uma vez que estes delitos eram bem diversos dos que, a rigor, justificariam a concessão do benefício, ou seja, dos crimes contra a ordem política e a segurança nacional (BRASIL, 2010).¹¹¹

O Conselho Federal da OAB solicitou a realização de uma interpretação conforme a Constituição,¹¹² afirmando que a Lei de Anistia apenas poderia ter sido recepcionada pela nova ordem constitucional caso fosse interpretada de modo a não englobar as violações de direitos humanos praticadas durante o período da ditadura, o que possibilitaria a tomada de medidas para punir aqueles que nelas incidiram.

Todavia, esse não foi o entendimento que predominou no STF. Eis a ementa originada do julgamento da ação:

Não aplicabilidade do art. 5º, XLIII, às anistias consumadas anteriormente à vigência da CF/1988. *A chamada Lei da Anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento* — o momento da transição conciliada de 1979. A Lei 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. *Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.* A Lei 6.683/1979 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes — adotada pela Assembleia Geral em 10-12-1984, vigorando desde 26-6-1987 — e a Lei 9.455, de 7-4-1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo art. 5º, XLIII, da Constituição — que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre

¹¹⁰ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é um instrumento processual que se destina a evitar ou reparar lesão a uma norma fundamental decorrente de um ato do Poder Público. A Constituição Federal de 1988 apenas dispõe sobre sua apreciação, que deve ser feita pelo STF, consoante Artigo 102, parágrafo 1º. Já as regras para processo e julgamento da referida ação são encontradas na Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

¹¹¹ Rothenburg (2013, p. 696) assevera que “A interpretação que presidiu a aplicação da Lei n.º 6.683/1979 desde o início, no sentido de que a anistia atingiria tão bem os opositores do regime quanto os agentes públicos da repressão, foi uma leitura *imposta*. O Poder Público e os outros sujeitos envolvidos na aplicação oficial do Direito não tinham condições de adotar interpretação diversa, inclusive porque parte significativa de seus integrantes estava comprometida com o regime” (grifo do autor).

¹¹² Mariononi, Arenhart e Mitidiero (2017), baseando-se nas lições de Canotilho, explicam que a interpretação conforme à Constituição surge como um instrumento que serve como técnica hermenêutica capaz de elucidar o conteúdo das leis e, ao mesmo tempo, viabilizar o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

outros crimes — *não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas*. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido (BRASIL, 2010, grifo nosso).

A posição que prevaleceu entre os ministros do Supremo, por sete votos a dois,¹¹³ resultou no julgamento improcedente da ADPF, implicando no reconhecimento da validade da Lei de Anistia, e na rejeição da proposta de interpretação requerida pelo Conselho Federal da OAB. Conseqüentemente, restaram impedidos o processamento e a punição daqueles que incidiram nas violações de direitos dos resistentes ao regime militar.

A maioria do STF assim entendeu, em breve síntese, sob os seguintes argumentos: legitimidade da lei de anistia sustentada com base em seu caráter bilateral que, para os ministros, foi aprovada num contexto de “negociação política”, imprescindível para a reconciliação nacional e inauguração da democracia. Essa bilateralidade implicaria, justamente, no alcance do benefício da anistia tanto para os opositores do regime militar que era dissolvido, quanto para aqueles que violaram os direitos dos primeiros; o fato de que reconhecer a legitimidade da lei de anistia não implica em óbice para a concretização do direito fundamental de acesso às informações relativas aos agentes da repressão; a falta de efeitos práticos na hipótese da ação ser julgada procedente, uma vez que os crimes praticados durante a ditadura já estariam prescritos (para o tribunal, a característica da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade não se aplicaria no caso em razão da lei de anistia ser anterior às disposições convencionais e constitucional que passaram a contemplá-la); a incompetência do Poder Judiciário para reformar a legislação (GUERRA; MONTEIRO, 2018).

O Conselho Federal da OAB interpôs embargos de declaração contra a decisão prolatada, arguindo a omissão da Suprema Corte pátria no que tange à necessidade de interpretação da Lei de Anistia com base, sobretudo, no dever do Estado em cumprir os tratados internacionais em matéria de direitos humanos, na normativa e jurisprudência internacional sobre os crimes contra a humanidade e, ainda, no fato de alguns dos crimes praticados serem classificados como crimes permanentes e, por isso, ainda não estarem prescritos. Até o momento o recurso ainda não foi julgado.¹¹⁴

¹¹³ Os sete votos que prevaleceram foram os dos ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. Os votos vencidos, por sua vez, foram dos ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que entenderam pela parcial procedência do pedido.

¹¹⁴ Até o momento da impressão da presente dissertação, isto é, aos 04 de fevereiro de 2019.

Na sequência, em novembro do mesmo ano de 2010, sobreveio o pronunciamento da Corte IDH no caso correlato que à sua jurisdição foi submetido, isto é, no *Caso Gomes Lund e Outros Vs. Brasil*.

Neste episódio, a Corte IDH entendeu que foram violadas as seguintes disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: obrigação de respeitar os direitos (artigo 1º); dever de adotar disposições de Direito interno (artigo 2º); direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º); direito à integridade pessoal (artigo 5º); direito à liberdade pessoal (artigo 7º); garantias judiciais (artigo 8º); princípios da legalidade e retroatividade (artigo 9º); liberdade de pensamento e expressão (artigo 13); proteção judicial (artigo 25). Além disso, invocou no julgamento a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas e Convenções advindas do âmbito de proteção global de proteção dos direitos humanos, a exemplo da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados das Nações Unidas (CORTE IDH, 2010).

Como decorrência das referidas infrações, o órgão internacional de proteção declarou, por unanimidade, que a Lei brasileira de Anistia, ao impedir a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, não é compatível com as previsões da Convenção Americana de 1969, e que ela não pode continuar caracterizando um impedimento para o processo e responsabilização daqueles que incidiram nas graves práticas delituosas. Declarou, do mesmo modo, a responsabilidade do Brasil pelas transgressões convencionais verificadas (CORTE IDH, 2010).

Ao lado dessas declarações, a Corte IDH estabeleceu, também por unanimidade, medidas a serem implementadas pelo Brasil a título de responsabilização e de reparação às vítimas. Inicialmente, consignou que a sentença em si constitui uma forma de reparação. Após, determinou ao Estado, dentre outras providências, a condução eficaz da investigação penal dos fatos ocorridos com o objetivo de esclarecê-los e, com isso, promover a devida responsabilização dos envolvidos; o emprego de amplos esforços para averiguar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, sendo o caso, promover a identificação de seus restos mortais e entregá-los às suas famílias; o fornecimento de tratamentos (médicos, psiquiátricos e psicológicos) requeridos pelas vítimas; a publicação da sentença prolatada no Diário Oficial; a realização de um ato público no qual o País reconheça a sua responsabilidade internacional pelos fatos; a continuação de ações que visem a capacitação em matéria de direitos humanos; a adoção de medidas para tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas; o desenvolvimento de iniciativas de busca, sistematização e publicação de todas as informações

sobre a Guerrilha do Araguaia, e sobre as transgressões de direitos humanos verificadas durante o regime militar, garantindo-se o acesso à informação; o pagamento de quantias relativas à indenização por danos morais, materiais e reembolso de custas e gastos. Outrossim, fez constar sua atuação na supervisão do cumprimento da sentença (CORTE IDH, 2010).

Por meio das referidas declarações e observações, percebe-se a aplicação do controle de convencionalidade pela Corte IDH e os efeitos que dele foram originados no campo da condenação internacional do Estado. Não obstante, a prática do controle no presente caso é apontada de maneira expressa em dois momentos da decisão. Primeiro, quando a Corte se pronuncia no que tange às exceções preliminares apresentadas pelo Brasil, especificamente com relação à alegação da falta de esgotamento dos recursos internos disponíveis, foi apontado que:

49. Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 (par. 136 infra), *mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana*. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar (CORTE IDH, 2010, grifo nosso).

Portanto, logo de início a Corte anunciou a tarefa que exercia naquela oportunidade: a verificação da compatibilidade da Lei brasileira de anistia com as obrigações internacionais constantes do Pacto de São José da Costa Rica assumidas pelo Brasil.

No mérito, relativamente às violações das previsões convencionais pelo Estado-parte, a Corte asseverou que:

176. Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, *quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos,*

inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (CORTE IDH, 2010, grifo nosso).

E, na sequência, concluiu:

177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (pacta sunt servanda). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (effet utile) no plano de seu direito interno (CORTE IDH, 2010, grifo nosso).

Dos trechos transcritos é possível perceber a importância conferida pela Corte IDH ao controle interno de convencionalidade. Ela afirma consciência da necessidade de submissão dos países aos seus próprios ordenamentos jurídicos, mas salienta, no mesmo passo, o dever que surge quando um país se torna parte de determinado tratado internacional.

Nessa linha, a postura do Estado-parte em seu âmbito interno deve estar amplamente direcionada à promoção e ao resguardo dos direitos humanos consagrados nos documentos internacionais por ele ratificados, levando em consideração, além dos próprios textos, a jurisprudência e a interpretação firmada pela Corte IDH a seu respeito. E isso precisa ocorrer em cada esfera de Poder do País.

A Corte IDH assinalou que no caso em tela, entretanto, a referida observância não se processou, ou seja, que não foi aplicado o controle de convencionalidade pelo Judiciário

brasileiro. Declarou que o Brasil caminhou em sentido totalmente diverso, pois reconheceu a validade da Lei brasileira de Anistia, desconsiderando as obrigações assumidas internacionalmente.¹¹⁵

Na verdade, constata-se que a Corte IDH praticou o controle subsidiário de convencionalidade do ordenamento jurídico pátrio, o qual é empregado, consoante exposto no capítulo anterior, quando o controle primário, ou seja, o interno, não se processa ou, apesar de aplicado, não se dá a contento.

Vale ressaltar, a título de complemento e com fulcro no enunciado pela Corte IDH, que o exame em questão não infringe a *Fórmula da Proibição da Quarta Instância*, isto é, a doutrina que tem base no Sistema Europeu e é sustentada pela Comissão Interamericana, segundo a qual o acesso ao Sistema Interamericano não tem o propósito de revisar, cassar ou anular uma decisão proferida pelo Poder Judiciário interno, pois não se trata de buscar uma nova instância recursal (OEA, 1996).

A razão pela qual se leva um caso à apreciação dos órgãos de proteção do SIPDH, é a contrariedade verificada no Direito interno (seja pelo ordenamento jurídico produzido, por atos administrativos praticados ou decisões judiciais proferidas) com as disposições convencionais às quais o Estado está obrigado. Nesse sentido, elucidativos os ensinamentos da professora de Direito constitucional Eleonora Mesquita Ceia (2013, p. 142–143):

[...] as decisões da Corte que venham a condenar o Brasil não têm por objetivo impugnar ou revisar atos do Judiciário brasileiro, funcionando como se uma quarta instância fosse, mas apenas analisar se o ato estatal é compatível com os compromissos assumidos no âmbito da CADH, determinando ou não a responsabilidade internacional do Estado.

Especificamente no que se refere ao caso ora analisado, disserta Martins (2011, p. 149–150):

Ressalte-se que, como visto, para o direito internacional, uma decisão da Corte constitucional de um Estado é apenas um fato jurídico e não produz efeitos na seara da proteção internacional dos direitos humanos. Assim, não procede a alegação de que a Corte Interamericana funcionaria como uma quarta instância processual. Até porque o objeto do Caso Gomes Lund é o

¹¹⁵ Conforme acentua Rothenburg (2013, p. 698), “Sob um enfoque jurídico, pode-se questionar a validade de leis que pretendem neutralizar o caráter ilícito de graves violações a direitos fundamentais praticadas pela ditadura militar brasileira e que atingem inclusive os hoje mortos e desaparecidos”.

desaparecimento forçado de setenta pessoas no contexto da Guerrilha do Araguaia, e não a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153.

No que toca aos parâmetros utilizados para o controle, a análise do julgado permite identificar que foram de várias ordens. Destacam-se os documentos internacionais advindos tanto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas), quanto do Sistema Global de Proteção (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados; Convenção Internacional para a Proteção de todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado; Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados; Declaração e Programa de Ação de Viena; Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Além dos tratados internacionais, a Corte IDH também invocou, ao longo da sentença, várias de suas jurisprudências, a exemplo das proferidas nos seguintes casos: *Caso Almonacid Arellano e outros Versus Chile*;¹¹⁶ *Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros) Versus Guatemala*;¹¹⁷ *Caso Barrios Altos Versus Peru*;¹¹⁸ *Caso das Irmãs Serrano Cruz Versus El Salvador*;¹¹⁹ *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) Versus Chile*;¹²⁰ *Caso do Penal Miguel Castro Castro Versus Peru*;¹²¹ *Caso de La Cruz Flores Versus Peru*;¹²² e, outrossim, Opiniões Consultivas por ela emitidas, como a de número 14, de 9 de dezembro de 1994.¹²³

¹¹⁶ O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado chileno pela falta de investigação e punição dos responsáveis pela execução extrajudicial de Luis Alfredo Almonacid Arellano, assim como a falta de reparação adequada em favor de seus familiares (CORTE IDH, 2006, tradução nossa).

¹¹⁷ O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado pela detenção e assassinato de Julio Caal Sandoval, Jovito Juárez Cifuentes, Anstrum Villagrán, Henry Giovanni Contreras, Federico Figueroa Túnchez por agentes policiais, assim como à falta de investigação e punição dos responsáveis pelos fatos (CORTE IDH, 2001, tradução nossa).

¹¹⁸ O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado pela morte e lesões a um grupo de pessoas por parte de agentes militares, assim como à falta de investigação e punição dos responsáveis pelos fatos (CORTE IDH, 2001, tradução nossa).

¹¹⁹ O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado pela violação da integridade pessoal das irmãs Serrano Cruz e pela falta de investigação de seu desaparecimento (CORTE IDH, 2005, tradução nossa).

¹²⁰ O caso refere-se à responsabilidade internacional do Estado devido à censura judicial imposta à exibição do filme “A Última Tentação de Cristo” por parte do Conselho de Qualificação Cinematográfica (CORTE IDH, 2001, tradução nossa).

¹²¹ O caso se refere à responsabilidade internacional do Estado pela utilização excessiva de força que resultou na morte de dezenas de presos, assim como em numerosos feridos numa operação no centro penitenciário Miguel Castro Castro (CORTE IDH, 2006, tradução nossa).

Do conjunto das medidas impostas pela Corte IDH na condenação do Brasil, verifica-se com nitidez os efeitos da aplicação do controle de convencionalidade na prática. A responsabilização internacional do País, conseqüentemente, permite que a flexibilização do conceito de soberania, trabalhada no primeiro capítulo, seja melhor visualizada.

Entretanto, conforme ensina Maués (2018), o Poder Judiciário pátrio ainda não adotou postura no mesmo sentido da externada pela Corte IDH, tampouco reconheceu a decisão por ela proferida. Os embargos de declaração interpostos pelo Conselho Federal da OAB ainda estão pendentes de julgamento. O mesmo ocorre com a ADPF n.º 320, que foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em 2014, visando o cumprimento, por parte do STF, das determinações emanadas da Corte IDH.

Outrossim, também no ano de 2014 a Corte IDH pronunciou-se quanto à supervisão do cumprimento da sentença por ela emitida e, dentre suas considerações diretamente relacionadas com o mecanismo de controle ora estudado, destaca-se o apontamento da falta de compromisso do Judiciário nacional com sua decisão e com o controle de convencionalidade propriamente dito.

Com tudo isso, apresentada a dinâmica da aplicação do controle externo de convencionalidade relativamente ao ordenamento jurídico de um Estado. Trata-se de hipótese extrema, e que pode ser evitada quando o País verdadeiramente age com o propósito de honrar os compromissos internacionais assumidos, o que somente se viabiliza mediante a coordenação da postura das três esferas de Poder em cada um dos entes federativos. Na sequência, um esboço desse modo de agir.

3.2 O controle de convencionalidade no âmbito de cada Poder da RFB

O estudo do segundo capítulo demonstrou que dentro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a obrigatoriedade do controle interno de convencionalidade

¹²² O caso se refere à responsabilidade internacional do Estado pela detenção arbitrária de María Teresa De la Cruz Flores e sua condenação pelo crime de terrorismo sem um devido processo (CORTE IDH, 2004, tradução nossa).

¹²³ Por meio da aludida opinião consultiva, a Corte afirmou que: “Que a emissão de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção constitui uma violação desta e, no caso em que essa violação afete liberdades e direitos protegidos em relação a indivíduos específicos, gera a responsabilidade internacional desse Estado”, e “Que o cumprimento por parte de agentes ou funcionários do Estado de uma lei manifestamente em violação da Convenção gera responsabilidade internacional para tal Estado. Caso o ato de cumprimento constitua *per se* um crime internacional, também gera a responsabilidade internacional dos agentes ou funcionários que executaram o ato” (CORTE IDH, 1994, tradução nossa).

foi reconhecida pela Corte IDH em setembro de 2006,¹²⁴ mesmo ano em que o órgão se pronunciou no sentido de que aludido controle é o que primeiro deve ser exercido, isto é, priorizado.¹²⁵ Este item destina-se, também por meio de exemplos, a ilustrar a aplicação da teoria no âmbito de cada um dos Poderes da República Federativa do Brasil.

3.2.1 O controle jurisdicional de convencionalidade

Com base na bibliografia levantada para o desenvolvimento da presente dissertação, é possível afirmar que esta modalidade de controle de convencionalidade, a praticada pelo Poder Judiciário, apresenta-se, ao lado da espécie de controle empregada pela Corte IDH, como a que (dentro da ainda restrita exploração do tema) mais já foi estudada pela comunidade acadêmica até o momento. O exame do controle de convencionalidade no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, de outro lado, dificilmente é encontrado.

Conforme analisado, similarmente à maneira como ocorre no controle externo de convencionalidade, nesta modalidade jurisdicional também se faz a compatibilidade do ordenamento jurídico interno com os documentos de proteção de direitos ratificados pelo Estado, bem como com a interpretação e pronunciamentos já externados pela Corte IDH a seu respeito. O órgão jurisdicional interno deve assim proceder declarando a invalidade da norma que contrariar a previsão protetiva, impedindo-a de produzir efeitos jurídicos (apesar de ainda poder reunir condições de permanecer vigente).

O Judiciário desenvolverá tal função tanto de maneira concentrada quanto difusa, daí decorrendo as modalidades de controle jurisdicional interno de convencionalidade. Na primeira hipótese, estar-se-á diante do controle de convencionalidade praticado pelo órgão de cúpula do Poder judiciário brasileiro, isto é, o Supremo Tribunal Federal. Na segunda, por sua vez, fala-se da execução do controle por qualquer outro tribunal ou juiz interno (além do próprio STF), que poderá agir de ofício, inclusive.¹²⁶

O conteúdo apresentado no primeiro item deste capítulo, especificamente no que tange à menção da falta de reconhecimento e aplicação por parte do STF do entendimento da Corte IDH no caso *Gomes Lund*, conduziria, desde logo, à conclusão de que o Supremo não reconhece e, portanto, não aplica a teoria do controle de convencionalidade.

¹²⁴ *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile* (CORTE IDH, 2006).

¹²⁵ *Caso Trabajadores demitidos do Congresso Vs. Peru* (CORTE IDH, 2006).

¹²⁶ Acerca da possibilidade do controle ser praticado *ex officio*, vale conferir as lições do professor Victor Bazán (2013).

Não obstante, seria precipitado extrair uma resposta baseando-se exclusivamente num único caso. Como a teoria é nova e não se encontra amplamente difundida e de modo unânime compreendida, forçoso categoricamente afirmar, nesta etapa de reconhecimento interno do instrumento, que ele é (ou não) aplicado, o que não impede, de outro lado, a identificação de tendências de atuação dos tribunais pátrios no sentido de empregá-lo.

Um exemplo a ser trabalhado diz respeito à previsão contida no artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972, de 1969, referente à exigência de diploma universitário para o exercício da atividade profissional de jornalista.

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 511.961–SP, o Supremo Tribunal Federal entendeu que referido dispositivo legal não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, uma vez que contrário ao conteúdo do artigo 5º, incisos IX e XIII,¹²⁷ e artigo 220, *caput* e § 1º, da CF/1988,¹²⁸ que tratam da liberdade de manifestação do pensamento e da informação, e da liberdade do exercício da profissão (BRASIL, 2009).

Do teor do julgado destaca-se o apontamento de que a exigência do diploma contraria o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, norma de que confere ampla proteção ao direito de liberdade de pensamento e de expressão,¹²⁹ bem

¹²⁷ “Art. 5º. IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (BRASIL, 1988).

¹²⁸ “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição; § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (BRASIL, 1988).

¹²⁹ “Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (OEA, 1969).

como a Opinião Consultiva n.º 5, de 1985,¹³⁰ da Corte IDH e, ainda, o entendimento firmado pela Comissão Interamericana. Eis um trecho da ementa originada do julgamento:

[...] 8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. 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 art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS (BRASIL, 2009).

Percebe-se que o Supremo se utilizou da previsão da Convenção Americana e da jurisprudência da Corte IDH para corroborar com a argumentação externada. O Ministro Gilmar Mendes, relator no caso, invocou tais previsões para explicitar que a exigência do diploma não se enquadra como uma restrição possível ao direito de liberdade de expressão. Assim o fez transcrevendo vários trechos da abordagem realizada pela Corte IDH quando da emissão da Opinião Consultiva n.º 05, em 1985, e concluiu, ao final, que de fato não houve a recepção do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972, de 1969 pela CF/1988.

Destacam-se, no mesmo sentido, as considerações da Ministra Cármen Lúcia, que seguiu o relator e apontou a impossibilidade do referido artigo ser compatibilizado com o Pacto de São José (artigo 13). Ademais, na sessão do julgamento, o Ministro Lewandowski sublinhou que a preocupação da Convenção Americana é a de justamente não colocar restrições ao direito discutido. Apenas o Ministro Marco Aurélio teve voto divergente, defendendo, pois, a necessidade do diploma para o exercício da profissão, sobretudo por julgar que a realidade do País se adequou nos quarenta anos de vigência da legislação, e que

¹³⁰ De acordo com essa Opinião Consultiva, o direito à liberdade de expressão deve ser visto sob dois ângulos: individual e coletivo. Para a Corte IDH não é possível que haja censura prévia, salvo em espetáculos públicos. Em caso de eventual abuso do referido direito, a responsabilização (apenas cabível se tiver como propósito o interesse comum), se dará sempre em momento posterior, e não como medida preventiva. Para o órgão de proteção, exigir o registro como jornalista para o exercício da profissão significa violar o direito em tela, que também tem espaço fora desta atividade profissional (CORTE IDH, 1985).

se trata de formação básica indispensável para aqueles que exercem considerável influência na vida dos cidadãos.

Neste caso, na hipótese de se admitir a aplicação do controle de convencionalidade, como o objeto controlado surgiu em momento anterior ao principal parâmetro utilizado (Convenção Americana sobre Direitos Humanos),¹³¹ o resultado provocado pelo mecanismo, baseando-se nas lições de Mazzuoli (2016), seria a revogação do dispositivo antinômico, tornando-o sem efeitos, uma vez que contrário à previsão do Pacto de São José da Costa Rica, bem como ao entendimento consolidado pela Corte IDH, que englobam proteção substancial ao direito à liberdade de expressão.¹³²

O segundo exemplo relevante para a presente pesquisa diz respeito ao crime de desacato, tipificado no artigo 331 do Código Penal, em relação ao qual se aponta o exercício do controle de convencionalidade por parte do Superior Tribunal de Justiça. Assim foi feito de maneira unânime pela 5ª Turma do aludido Tribunal quando do julgamento do Recurso Especial n.º 1.640.084–SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, para o qual o crime de desacato é inconvencional, sob a tese de que viola o mesmo artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Conforme destacado por Moreira (2017), para subsidiar sua posição o ministro relator assinalou, dentre outros argumentos, a necessidade do Estado tomar as medidas adequadas visando sanar as antinomias com as quais se depare, sobretudo quando a situação envolver a efetividade de direitos. Para ele, esse dever decorre da Convenção Interamericana, a qual o Estado se submete, e o STJ pode assim agir pela expressa autorização do artigo 105, inciso III, alínea “a”, da CF/1988.¹³³

Neste caso, entretanto, a prática do controle interno de convencionalidade é colocada em xeque quando, em momento posterior, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se de

¹³¹ O Decreto-lei surgiu em outubro de 1969. No mês seguinte do mesmo ano foi a Convenção Americana que foi aprovada. Entretanto, considera-se que o primeiro (que é o objeto controlado) surgiu anteriormente ao segundo (principal parâmetro), pois além da diferença deste lapso temporal de um mês de seu surgimento, o Brasil apenas internalizou a Convenção em 1992, conforme já visto.

¹³² Se fosse hipótese de lei antinômica que tivesse origem em momento posterior ao surgimento do parâmetro do controle, também sealaria numa lei inválida e, por consequência, ineficaz. Entretanto, a referida lei antinômica permaneceria existindo no ordenamento jurídico, ao passo que, a lei antinômica do exemplo trazido é como se não mais existisse.

¹³³ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; [...]” (BRASIL, 1988).

modo diverso do STJ,¹³⁴ a exemplo do julgamento proferido no HC n.º 154.143–RJ, no qual entendeu que a criminalização do desacato é compatível com o Estado Democrático de Direito. Ainda não pacificada, a questão atualmente está pendente de julgamento na ADPF n.º 496–DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

Desponta-se a necessidade de também exemplificar a prática do controle de convencionalidade com o caso das audiências de custódia, instituídas com o fim de se efetivar o conteúdo do artigo 7.5 do Pacto de São José, englobado pelo Direito à Liberdade Pessoal.¹³⁵ Embora tenham sido implementadas por meio de Resolução do Conselho Nacional de Justiça (Resolução 213), o que revela atividade atípica do Judiciário, o fato é que tiveram origem no âmbito de atuação deste Poder e, ademais, a seu respeito já houve pronunciamento judicial: de início pelo Provimento do Tribunal de Justiça de São Paulo¹³⁶ que regulamentou a realização das referidas audiências e os procedimentos a serem observados e, após, pela decisão emanada do STF na ADI n.º 5240–SP¹³⁷ no que lhe toca. Quanto a esta ADI, Schäfer et al.(2017) elucidam que os Ministros Teori Zavascki, Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso aferiram a compatibilidade do ato normativo com o parâmetro de controle (Convenção Interamericana), mencionando, ainda que sem grande destaque, o controle de convencionalidade.

Por derradeiro, poderia ser trazida mais uma situação com o objetivo de ilustrar o controle de convencionalidade pelo Judiciário pátrio. Entretanto, por se tratar de hipótese na qual o objeto controlado não se trata de uma lei propriamente dita (nem mesmo em sentido amplo), o mecanismo aplicado não seria caracterizado, a rigor, como controle de convencionalidade. Considera-se, todavia, que o episódio é digno de menção, sobretudo em

¹³⁴ Ressalva-se que o entendimento também não é pacífico dentro do STJ, pois no HC n.º 379.269–MS, por exemplo, a compreensão foi pela regularidade da tipificação do crime de desacato, sob o fundamento de que a Corte IDH não se manifestou particularmente em relação ao Brasil (SCHÄFER et al., 2017).

¹³⁵ “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal [...] 5. 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” (OEA, 1969).

¹³⁶ Provimento conjunto n.º 3 de 2015, do Tribunal de Justiça de SP e da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2015).

¹³⁷ Trata-se de “[...] ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BRASIL, arguindo a inconstitucionalidade da totalidade dos dispositivos do Provimento Conjunto 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinou as audiências de custódia no âmbito daquele tribunal [...]” (BRASIL, 2016).

razão da atual controvérsia que gira em torno, ainda que sob outro ângulo, do direito nele abrangido, isto é, a presunção de inocência.¹³⁸

O caso refere-se à impossibilidade de se considerar inquiridos policiais e processos criminais em curso para fins de antecedentes criminais. A tese foi desenvolvida no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 591.054–SC, de relatoria do ministro Marco Aurélio. Com razão a observação feita por Maués (2018), no sentido de que foi firmado entendimento em conformidade com a jurisprudência da Corte IDH a respeito.

Esse ponto de vista está em absoluta consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na decisão relativa ao caso Ricardo Canese (Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C, n.º 111, parágrafo 154), por exemplo, referiu-se ao princípio consubstanciado no artigo 8º, parágrafo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica 6, promulgado entre nós pelo Decreto n.º 678/2002, como um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa, a acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até que o título condenatório no qual assentada a culpabilidade transite em julgado. Em pronunciamento alusivo ao caso Cabrera García e Montiel Flores (Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, n.º 220, parágrafo 184), entendeu vulneradora da garantia a decisão judicial em que refletida opinião a selar a culpa do acusado antes de este vir a ser pronunciado como tal. No julgamento dos casos Tibi (Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C, n.º 114, parágrafo 182) e Cantoral Benavides (Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C, n.º 69, parágrafo 120), assinalou ser defeso ao Estado condenar informalmente uma pessoa ou emitir juízo de valor à sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não chancelada a responsabilidade penal (BRASIL, 2015).

No trecho do voto do relator acima transcrito percebe-se claramente a invocação da jurisprudência da Corte IDH. O ministro refere-se a julgados oriundos da Corte IDH relativamente ao princípio da presunção de inocência.

Admitindo-se, a título de mera ilustração, a hipótese do controle jurisdicional de convencionalidade no caso em tela, o objeto controlado foi, em última análise, a interpretação judicial realizada (pela instância inferior) do conceito de “antecedentes” que consta do artigo 59 do Código Penal. Discutiu-se, pois, se a consideração de processos penais em curso como antecedentes criminais para fins de dosimetria da pena equivaleria à violação do princípio da presunção de inocência. Quanto aos parâmetros, o julgador teria usado, além da jurisprudência da Corte IDH, a previsão do Pacto de São José que contempla o direito em tela, isto é, o artigo 8.2 da Convenção.

¹³⁸ Controvérsia que pode ser exemplificada pela recente mudança de entendimento acerca do princípio verificada no Supremo quando do julgamento do HC n.º 126.292–SP.

Assim, como o resultado da atuação do Supremo não abrigou a possibilidade de processos em curso serem considerados maus antecedentes, eventual pena imputada pelo Juízo *ad quem* com base em entendimento diverso estaria fadada à nulidade. Este seria o resultado da aplicação do controle de convencionalidade no caso.

Com isso, demonstrada a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade no âmbito interno do País. Parte-se, agora, para a tentativa de apresentar o controle nos domínios do Poder Legislativo.

3.2.2 O controle legislativo de convencionalidade

Apesar da origem e maior incidência de desenvolvimento do controle de convencionalidade dar-se na atividade jurisdicional, sua grandeza dentro da lógica protetiva dos direitos humanos implica na necessidade de sua exploração nas demais esferas de Poder, mesmo porque o Estado como um todo está obrigado a honrar as previsões constantes dos instrumentos de proteção.

Relativamente ao Poder Legislativo, a atividade de controlar a convencionalidade do ordenamento jurídico interno deve ocorrer de modo similar à prática do controle de constitucionalidade, ou seja, a apreciação ou edição de qualquer projeto de lei deve estar pautada nas previsões dos tratados internacionais de direitos humanos e nos pronunciamentos emanados dos órgãos internacionais de proteção firmadas a respeito. Sarlet (2015) destaca a necessidade de atuação preventiva do legislador nesse sentido, rechaçando projetos que contrariem os parâmetros do controle.

Aqui foram eleitos dois casos que se apresentam úteis para demonstrar a aplicação do controle de convencionalidade por parte do Legislativo pátrio. A principal diferença identificada entre eles diz respeito aos parâmetros utilizados pelo Poder Legislativo ao colocar o controle em prática. No primeiro caso, o parâmetro utilizado foi uma Convenção Internacional. No segundo, uma condenação sofrida pelo Brasil no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

O primeiro caso a ser exemplificado quanto às atividades do Poder Legislativo é a edição da Lei Ordinária n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, isto é, da Lei brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o conhecido Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A atuação do Poder Legislativo no sentido de editá-la teve por base a primeira Convenção Internacional (e seu Protocolo Facultativo) incorporada ao Direito interno como norma equivalente à emenda constitucional, ou seja, nos moldes da previsão do artigo 5º, § 3º,

da CF/1988: A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

Pode-se concluir que ao assim proceder, o Poder Legislativo exerceu sua atividade típica no sentido de adequar o ordenamento jurídico interno às previsões de um tratado internacional de proteção de direitos humanos, o que significa dizer que referido Poder praticou o controle legislativo de convencionalidade. Neste caso, a prática do controle seguiu o tratado paradigma “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo” e teve como objeto de controle o Projeto de Lei n.º 7.699, de 2006.

Do parecer da relatora designada para se manifestar sobre as emendas de plenário ao Projeto de Lei n.º 7.699, de 2006, que deu origem à Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), a então deputada Mara Gabrilli, destacam-se considerações que revelam, nitidamente, o exercício da compatibilidade do ordenamento jurídico interno com a Convenção Internacional parâmetro, conforme segue:

Alguém pode estar se perguntando por que é tão importante, para as pessoas com deficiência, adequar o texto do Projeto de Lei n.º 7.699, de 2006, ao teor da Convenção. Essa exigência se fundamenta em uma mudança paradigmática na percepção da deficiência. Antes, a deficiência era vista como uma questão médica, relacionada a uma patologia individual, que considerava as limitações individuais como a principal causa das múltiplas dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência. O texto da Convenção, por sua vez, adota a percepção de que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras sociais, ambientais e atitudinais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Ou seja, a deficiência passa a ser vista como uma questão social e, como tal, demanda a adoção de medidas necessárias à eliminação dessas barreiras e à garantia da plena inclusão social da pessoa com deficiência na vida comunitária (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Com efeito, as mudanças produzidas no projeto original da referida lei expressam a típica adequação do ordenamento jurídico interno ao conteúdo internacional de proteção dos direitos humanos. Como fruto desse exercício de compatibilidade destaca-se a alteração do conceito de deficiência, cujos contornos para compreensão se distanciaram da pessoa que possui a deficiência para, em atenção à realidade constatada pela Convenção, se aproximarem da interação dessa pessoa com as barreiras impostas pelo meio no qual se encontra.

Diante disso, é possível afirmar, junto com Menezes (2009), que houve uma adequação positiva do ordenamento jurídico, caminhando-se rumo à efetivação dos direitos previstos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Outro exemplo digno de menção relaciona-se à aprovação da Lei da Reforma Psiquiátrica — Lei n.º 10.216/2001. Trata-se de modificação legislativa que se deu após a denúncia à Comissão Interamericana efetuada pela mãe de Damião Ximenes Lopes, vítima de grave violação de direitos pelas condições desumanas e degradantes às quais foi submetido quando do tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes até o advento de sua morte.

Rosato e Correia (2011) destacam que o projeto de lei que deu origem ao referido diploma legal tramitou por doze anos,¹³⁹ e foi apenas a partir do momento que o Brasil se viu obrigado a prestar informações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos acerca do caso Damião Ximenes Lopes, em 1999, que sua aprovação foi impulsionada.

Essa postura revela, de alguma forma, a preocupação do Estado brasileiro, sobretudo por parte do Poder Legislativo, perante o Sistema Internacional de Proteção ao qual se submeteu. Embora a iniciativa para a alteração da abordagem do tratamento da saúde mental no País remonte sua origem a um momento anterior da chegada do Caso Ximenes Lopes no âmbito internacional, foi apenas a partir daí que pôde ser percebida uma mudança significativa no trato da matéria.

Abraçando-se a teoria do controle legislativo de convencionalidade para a hipótese, a argumentação da defesa do País apresentada na Corte IDH evidencia o parâmetro utilizado, qual seja, a Declaração sobre a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e a Melhoria da Assistência à Saúde Mental da Organização das Nações Unidas de 1991 (CORTE IDH, 2006).

Quanto aos efeitos produzidos, a despeito de na nova Lei não constar que as disposições anteriores contrárias aos seus preceitos estariam revogadas, o fato é que ela promoveu uma ampla reformulação da Política voltada à saúde mental até então vigente. Nessa linha, após promoverem uma análise histórica do trato da matéria no País, Brito e Ventura (2012, p. 60) afirmam que foi a primeira vez que a pessoa com transtorno mental foi reconhecida como tal e, conseqüentemente, a Lei n.º 10.216/2001 trouxe a necessidade de “[...] reconstrução de práticas e saberes tradicionais, na busca de alternativas que respondam a

¹³⁹ O Projeto de Lei que deu origem à Lei n.º 10.216/2001 foi apresentado em 1989 (Projeto n.º 3.657/1989).

essa realidade e aos problemas de um novo modelo de atenção à saúde mental baseado na lógica da igualdade e dos direitos humanos”.

Exemplificada, a partir de tais situações, a postura do Poder Legislativo quanto à prática do controle de convencionalidade. Verifica-se que a nitidez esperada relativamente ao mecanismo não é, em definitivo, a constatada, mas há indícios de uma atuação legislativa voltada aos propósitos do controle.

A seguir, as nuances do objeto de estudo na esfera do Executivo.

3.2.3 O controle executivo de convencionalidade

No que tange ao controle de convencionalidade praticado pelo Poder Executivo, preliminarmente chama a atenção a possibilidade da aplicação do instrumento ser visualizada também no exercício das funções atípicas deste Poder.

É o que Sarlet (2015, p. 04) assevera quando salienta a necessidade do controle de convencionalidade não ser visto como tarefa exclusiva do Poder Judiciário, conforme segue: “o Chefe do Executivo poderia vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei [...]”. O veto presidencial ocorreria, nesse sentido, pela violação à figura do “bloco de convencionalidade”.

Consoante estudo realizado por Menezes (2009), essa situação equivaleria à prática de uma espécie de controle prévio de convencionalidade. O autor aponta que o executivo também controla a convencionalidade por meio da abstenção da aplicação de uma lei inconveniente e, ademais, quando propõe iniciativa legal ao Congresso ou edita medida provisória visando a concretização de direitos previstos nos paradigmas de controle.

A desatenção ao imperativo de sancionar apenas leis (ou mesmo editar medidas provisórias) compatíveis com as normas internacionais de direitos humanos (quando mais protetivas do que as previstas na Constituição, conforme visto) implica no surgimento de uma espécie legal fadada à ineficácia, pois apesar de surgir no mundo jurídico, não possuirá validade e, conseqüentemente, condição necessária para produzir efeitos.

Ressalva-se aqui a dificuldade com a qual se depara em busca de exemplos dignos de menção da atividade executiva englobando o controle de convencionalidade. Na verdade, relevo maior ganham os casos nos quais é possível constatar exatamente o contrário, ou seja, a falta de aplicação do controle, a exemplo da denúncia realizada pelo Brasil da Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Trata-se de Convenção que diz respeito ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, ratificada pelo Brasil aos 5 de janeiro de 1995.¹⁴⁰ Em 1996, todavia, por meio do Decreto Executivo n.º 2.100, o Poder Executivo declarou que aludida Convenção deixaria de vigorar em relação ao País. A medida tomada pelo Presidente da República foi questionada relativamente à sua validade formal por meio da ADI n.º 1.625, proposta em 1997 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), mas os debates acerca da matéria propriamente dita ganharam fôlego após a edição da Lei n.º 13.467, de 2017 (“Lei da Reforma Trabalhista”), tendo em vista a inserção dos artigos 477-A e 484-A, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que expressamente permitem a despedida imotivada e a celebração de acordo privado de rescisão entre empregado e empregador, respectivamente.

Isso porque referidos dispositivos seriam desprovidos de convencionalidade se analisados à luz da Convenção denunciada e, portanto, inválidos. Quanto ao emprego do controle de convencionalidade nessa situação, Gomes e Zanchi (2018, p. 246) asseveram que

O controle de convencionalidade da despedida imotivada do art. 477-A da CLT, bem como do acordo de rescisão do art. 484-A, para com a Convenção n.º 158 da OIT, significa a inconvenção dos dispositivos inseridos na CLT pela reforma trabalhista diante dos arts. 4º, 5º, 13, 14 da Convenção n.º 158, em razão de este documento internacional dos direitos humanos exigir uma justificativa para a legitimidade do ato de despedida, bem como a participação de negociação coletiva nas dispensas coletivas; além da inconstitucionalidade com o art. 7º, I da CF. *A inconvenção dos arts. 477-A e 484-A da CLT torna-os inválidos no ordenamento jurídico brasileiro; logo, sem eficácia, ainda que vigentes.* De modo geral, a Convenção n.º 158 representa a efetividade de um aspecto do direito fundamental ao trabalho – a proteção contra a despedida – no Brasil, em face da interpretação atual do art. 7º, I da CF e da ausência de lei complementar sobre o tema, uma vez que a atual interpretação patrimonialista do direito à proteção contra despedida do art. 7º, I da CF, pela doutrina e jurisprudência pátrias, inverte a previsão da tutela ao trabalhador em uma liberdade irrestrita de despedida do empregador apenas mediante uma indenização tarifada, a qual prescinde de uma fundamentação com causa justificada (grifo nosso).

O fato é que além do chefe do executivo ter praticado conduta em sentido totalmente contrário ao controle de convencionalidade e aos propósitos aos quais se destina,¹⁴¹ ele

¹⁴⁰ A aprovação da Convenção n.º 158 da OIT se deu por meio do Decreto Legislativo n.º 68, de 1992, e a promulgação, por sua vez, pelo Decreto Executivo n.º 1.855 de 1996.

¹⁴¹ E isso sem mencionar o desrespeito aos aspectos formais que envolveriam a denúncia do tratado em questão.

impediu que referida Convenção servisse de parâmetro para a aplicação do controle de convencionalidade nos moldes acima propostos.¹⁴²

A despeito desse episódio, no qual se sobressai a inaplicação do mecanismo de controle, não há como negar que a ratificação de tratados internacionais em matéria de direitos humanos já traduz, de alguma sorte, a caminhada do Poder Executivo na direção desejada.

Outrossim, é válido mencionar as atividades de cunho administrativo que se dão como resultado da prática do controle externo de convencionalidade, isto é, em cumprimento das determinações advindas da Corte IDH, ou mesmo de recomendações ao Estado feitas pela Comissão Interamericana.

Como observado por Vieira et al. (2013), no Brasil ainda não há regulamentação interna no que tange à implementação dos pronunciamentos oriundos do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Não obstante, o III Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), instituído em 2009 e com alterações datadas de 2010, ofereceu sinais de algum esforço nesse sentido.

Assim se afirma em razão de um objetivo estratégico específico constante de uma das diretrizes do primeiro eixo orientador do referido Programa, qual seja “Monitoramento dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em matéria de Direitos Humanos” (BRASIL, 2010, p. 30). As ações programáticas previstas para a efetivação desse objetivo comportam competências do Ministério das Relações Exteriores, da Secretaria de Direitos Humanos e da Advocacia-Geral da União, destacando-se, em última análise, ações desempenhadas pelo Poder Executivo.

Desde a instituição do III PNDH já foram percebidas diversas mudanças na interação de tais órgãos. Verifica-se que a cooperação entre eles estabelecida e, de um modo geral, a execução de suas atividades voltadas à implementação do produto do SIPDH sofrem influência direta de fatores como:

- (i) a existência de uma agenda política prévia em âmbito local ou nacional em relação ao tema da violação; (ii) decisões com fundamentação de qualidade e generalidade suficiente para permitir a sua apropriação por atores, estatais ou da sociedade civil organizada, engajados em temas afetos à violação; e (iii) uma boa relação entre União e Estados, naqueles casos em

¹⁴² A possibilidade da aplicação do controle de convencionalidade na reforma trabalhista com base nos aspectos de sua aprovação e na matéria que veicula é objeto da análise realizada por Molina e Mazzuoli (2017).

que a implementação não depende de medidas unicamente federais (VIEIRA et al., 2013, p. 53).

Com isso, utilizando-se das competências desses órgãos o Poder Público deixa de lado o caráter absoluto da soberania do País e tende a implementar o resultado da aplicação externa do controle de convencionalidade, coadunando-se às finalidades do Sistema Internacional de Proteção de Direitos ao qual se submeteu.

Acredita-se que a atuação do Executivo em sede de controle de convencionalidade também pode englobar, por exemplo, as atividades realizadas por outros órgãos com atribuições administrativas, como é o caso do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que recentemente¹⁴³ celebrou acordo de cooperação com a Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (SG/OEA) visando promover o uso e a aplicação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, inclusive.

Assim, retratadas as nuances da aplicação do instrumento de controle no âmbito do Poder Executivo. Na sequência, desvela-se um balanço conjunto dos quatro pontos trabalhados no capítulo.

3.3 Considerações gerais sobre a prática do controle

Coerente à proposta inicial, a intenção do estudo realizado não foi a de se ater ao plano concreto dos efeitos advindos da aplicação do controle. Aqui o intuito foi de apresentar como o mecanismo de proteção pode ser visualizado e, conseqüentemente, desenvolvido no âmbito dos três Poderes. Não há dúvidas de que as possíveis alterações por ele provocadas também merecem análise, mas a coleta de dados para esse exame ainda se mostra um tanto prejudicada, pois a técnica passível de permiti-la (consistente no emprego do controle de convencionalidade) ainda não é suficientemente aplicada, tampouco devidamente compreendida. Assim, reitera-se que o objetivo deste capítulo foi apresentar como a teoria pode se transformar em prática.

Com efeito, o primeiro passo na jornada de concretização dos direitos humanos e fundamentais é, além de reconhecê-los, ter autonomia para aplicar os instrumentos que possam lhes garantir concretude. Acredita-se que a compreensão (teórica e prática) do controle de convencionalidade pode contribuir com essa tarefa, ainda que seja por meio de sua

¹⁴³ Aos 5 de novembro de 2018.

observância como ferramenta potencializadora de um “[...] ambiente de trocas e diálogos no rumo da mais ampla e irrestrita esfera de proteção dos direitos humanos fundamentais [...]” (MORAIS; HOFFMAM, 2017, p. 120–121).

Consoante estudado, a atuação da Corte IDH no controle de convencionalidade deve se dar de modo subsidiário. Apesar disso, considerando o tímido emprego da teoria no plano interno de um Estado, as condenações e medidas impostas pela Corte aos países que não atuam controlando a convencionalidade internamente se apresentam de suma importância, e isso não apenas pelos efeitos que pretendem produzir em termos de reparação aos diretamente envolvidos nos casos submetidos à apreciação, mas também pela colaboração que exercem para a consolidação da democracia.

Fala-se numa dupla finalidade das reparações oriundas do exercício da jurisdição da Corte IDH. Propõem-se à tentativa, de um lado, de restaurar os direitos que sofreram transgressão pela insuficiência protetiva do Estado e, de outro, de inserir a noção da necessidade de observância estatal de determinados padrões de direito e de ordem pública (BASTOS, 2016).

Isso porque, a condução dos casos pela Corte IDH revela um cuidado que permite, ainda que apenas a longo prazo, que as sociedades afetadas pela grave violação de direitos (e, de alguma forma, as demais sociedades que também se submetem à sua jurisdição) encontrem na memória coletiva o respaldo necessário para que novos episódios igualmente dolorosos não se repitam. Conforme assevera Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos (2016, p. 340–341), “[...] a redescoberta valiosa de um passado e a correção de uma memória coletiva são partes da reconstrução social; e sob essa visão particular, os julgamentos da Corte têm certamente muito a contribuir para fins de consolidação das sociedades democráticas nas Américas”.

Desse modo, em sendo ínfima a aplicação da teoria pelos Poderes internos de um Estado, a prática do controle externo de convencionalidade por um órgão de proteção tal como é a Corte IDH permite que sejam dados os primeiros passos para a concretização dos direitos humanos nos Estados que, em tese, são qualificados como democráticos de direito.

O reconhecimento dessa importância não afasta a imprescindibilidade de se trazer para o centro de atuação do Estado o emprego interno do instrumento. Consoante ensina Bazán (2013, p. 220):

Daí resultar indispensável internalizar a centralidade do fenômeno que encarnam os direitos humanos. Trata-se de um ponto de partida básico no processo hermenêutico, desde que a questão dos direitos fundamentais

consubstancia matéria pertencente ao *ius cogens*, isto é, normatividade imperativa do direito internacional.

Assim, junto com Bazán (2013), constata-se que a aplicação do controle de convencionalidade tem por propósito a conformação dos atos internos de um Estado com os compromissos internacionais por ele assumidos. Afasta-se, com isso, a responsabilização internacional do país “para o que concorre a convergência de razões de economia processual e mesmo de preservação da sustentabilidade do próprio sistema interamericano de garantias” (BAZÁN, 2013, p. 224).

Interno ou externo, o controle de convencionalidade deve ser empregado por meio da aplicação da norma (amplamente considerada) que se apresentar mais protetiva no contexto interno e internacional. A declaração de inconvenção e consequente invalidade de uma lei (em sentido amplo) apenas se verificará quando ela dispensar menor proteção do que a conferida por uma Convenção ou pela interpretação ou jurisprudência que a Corte IDH firma a seu respeito, dada a aplicação do princípio *pro homine*.

Entretanto, a dificuldade encontrada no levantamento de casos capazes de ilustrar o emprego do controle de convencionalidade no âmbito dos três Poderes da República Federativa do Brasil assinalou que ele ainda não se verifica a contento.

Somada à violação dos deveres da República Federativa do Brasil perante o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, quando se verifica uma postura dos Poderes Legislativo e Executivo contrárias, especificamente, ao parâmetro “tratados internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil”, igualmente se está diante de uma patente contradição às previsões constitucionais e, sobretudo, aos comportamentos anteriormente exercidos por tais Poderes quando do procedimento de internalização da norma no ordenamento jurídico.

Com base nas considerações de Alexandra Huneus (2011), tem-se que a dificuldade de aplicação do controle pelos Poderes Legislativo e Judiciário envolve, da mesma forma, um aspecto particular, qual seja, a vontade política de assim fazê-lo. A quantidade de partidos políticos e de interesses (das mais diversas ordens) manifestamente envolvidos nesses Poderes faz com que o processo legislativo e a atuação administrativa que seriam simplesmente adaptáveis aos ditames do Direito Internacional dos Direitos Humanos se transformem, na maior parte das vezes, em instrumentos de atenção a minorias privilegiadas.

Assim, muito embora também longe da isenção de interesses políticos,¹⁴⁴ tem-se que a visualização do controle de convencionalidade melhor se constata por parte do Poder Judiciário.

No entanto, a responsabilidade pelo cumprimento desta obrigação recai principalmente sobre o judiciário e tribunais, tribunais constitucionais, devido ao seu papel central na ordem judicial interna na proteção dos direitos fundamentais (nacionais e os da convenção), tal como nos artigos 25 (proteção judicial) e 1.1 do CADH (dever de respeitar e garantir). Como tal, juízes, independentemente de sua posição, nível de autoridade ou área de especialização, devem atuar como guardiões dos direitos consagrados no CADH. Assim, os juízes domésticos também se tornam um tipo de juiz interamericano (MAC-GREGOR, 2015, p. 97, tradução nossa).¹⁴⁵

Deveras, com apoio nas assertivas do juiz interamericano supracitado, isso ocorre em razão do Poder Judiciário ser o principal obrigado no tange ao dever de proteção interna dos direitos fundamentais.

Não obstante, percebe-se que no Brasil a invocação de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e de pronunciamentos da Corte IDH se dá muito mais para fins de sustentar o posicionamento já tomado pelo Tribunal (com base na Constituição) do que como tradução da aplicação de parâmetros no exercício do controle.

É certo que a verificação da dupla compatibilidade vertical material da lei também obriga a análise de seu conteúdo perante a Constituição Federal de 1988. E isso, diversamente do controle de convencionalidade, foi feito com clareza pelo Supremo quando, por exemplo, afirmou que o artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972, de 1969, não foi recepcionado pela CF/1988.¹⁴⁶ Evidentemente, trata-se da própria lógica do Tribunal enquanto guardião da Constituição.

¹⁴⁴ Sobretudo em função dos fenômenos denominados “Judicialização da Política” e “Politização do Direito”, sobre os quais se debruçam autores como Avritzer e Marona (2014) e Teixeira (2012).

¹⁴⁵ Do original: “Nevertheless, responsibility for complying with this obligation falls principally on the judiciary and/or courts, tribunals and constitutional courts because of their central role in the domestic judicial order in protecting fundamental rights (national ones and those from the convention), as set out in articles 25 (judicial protection) and 1.1 of the ACHR (duty to respect and guarantee). As such, national judges, irrespective of their rank, level of authority or area of specialism, must act as the primary and authentic guardians of the rights enshrined in the ACHR. In this way, domestic judges also become a type of InterAmerican judge”.

¹⁴⁶ Assim como também foi clara sua posição quando considerou que o princípio constitucional da presunção de inocência seria ofendido caso processos em curso fossem admitidos para efeitos de dosimetria da pena.

Mas a questão sobre a qual se reflete, diante disso, tomando-se por base esse exemplo trazido, é a seguinte: se a Constituição não conferisse tamanha proteção ao direito à liberdade de expressão tal como o faz, será que a parte da fundamentação da ADPF n.º 153, que invoca a Convenção Americana e os argumentos da Corte IDH, seria igualmente utilizada pelo Tribunal pátrio de modo a afastar a validade do artigo 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972, de 1969? Em outras palavras, estaria o STF convencido a controlar a convencionalidade do ordenamento jurídico pátrio (e de outros atos proferidos internamente) quando a proteção do direito discutido tivesse origem exclusiva em um dos parâmetros para o controle?

Analisando o pronunciamento do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro no Recurso Extraordinário n.º 466.343, no qual se reconheceu a ilicitude da prisão civil do depositário infiel admitida pela CF/1988, verifica-se certa tendência, num primeiro momento, para atuação nesse sentido.

Entretanto, apesar do foco aqui não ser, conforme já foi salientado, o levantamento de dados para apontar, com exatidão, a extensão da aplicação do controle de convencionalidade internamente, vale destacar que a doutrina já ilumina a questão e alerta para o fato de que há enorme resistência, também por parte do órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, no que tange ao exercício do mecanismo de controle estudado.

Nesse sentido é o estudo publicado por Antônio Moreira Maués (2018), segundo o qual a menção à jurisprudência da Corte IDH e aos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos pelo Supremo encontra-se apenas de modo esparso e majoritariamente sem significado determinante para a posição tomada pelo Tribunal.

Aludido autor indica que os casos nos quais se discutem graves violações de direitos humanos são um bom exemplo para se aferir a falta de atuação na prática do controle de convencionalidade pelo Judiciário brasileiro, como se observa no julgamento da ADPF n.º 153, bem como da Extradicação n.º 1.362–DF, em novembro de 2016. Nesta oportunidade, o objeto de discussão era a extradicação de um argentino acusado de incidir em condutas características de crime contra a humanidade. Apesar do relator do caso, o Ministro Edson Fachin, invocar o entendimento da Corte IDH e opinar pelo deferimento do pedido de extradicação, a maioria do Supremo se afastou de sua posição sob o fundamento de que a decisão da Corte restringiria seus efeitos às partes do caso no qual se manifestou, isto é, não produziria efeitos *erga omnes*.

Portanto, considerando que o recurso aos parâmetros disponíveis para o controle de convencionalidade se dá, quando muito, como simples sustentáculo de argumentação, e revela, com isso, timidez por parte do próprio órgão dentro do qual já foi reconhecida a

importância do controle,¹⁴⁷ manifesta-se a necessidade de expansão de estudos e posturas no sentido de colocá-lo, efetivamente e nos mais diversos campos de atuação do Direito, em prática.

¹⁴⁷ Consoante se desprende no seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello acerca do cabimento de embargos infringentes na Ação Penal 470–MG (BRASIL, 2014, p. 197–198, grifo nosso): “O reconhecimento da obrigatoriedade da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos de interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica Não custa lembrar que o Brasil, apoiando-se em soberana deliberação, submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que significa — considerado o formal reconhecimento da obrigatoriedade de observância e respeito da competência da Corte (Decreto 4.463/2002) — que o Estado brasileiro comprometeu-se, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, ‘a cumprir a decisão da Corte em todo caso’ de que é parte (Pacto de São José da Costa Rica, art. 68). *Pacta sunt servanda...* Com efeito, o Brasil, no final do segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (Decreto 4.463, de 8-11-2002), reconheceu como obrigatórias a jurisdição e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ‘em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção’ (Pacto de São José da Costa Rica, art. 62), *o que legitima o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, do controle de convencionalidade, vale dizer, da adequação e observância, por parte dos Estados nacionais que voluntariamente se submeteram, como o Brasil, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...]*”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa partiu da necessidade de se aprofundar as noções elementares acerca do controle de convencionalidade, dada a novidade de seu estudo no Direito pátrio, bem como a percepção de que ele constitui um instrumento voltado à proteção e à efetividade de direitos. O seu desenvolvimento foi guiado pelos campos teórico e prático e, ademais, priorizou um enfoque relacionado ao Direito brasileiro, sobretudo ao âmbito de atuação dos três Poderes da República Federativa do Brasil.

A evolução do Direito Constitucional foi determinante para a reconfiguração da visão do ordenamento jurídico e dos valores almejados pela sociedade que rege. Com o neoconstitucionalismo, para além da reformulação da organização política promovida por meio das ideias da centralidade da Constituição e da democracia, observou-se a descodificação do sistema jurídico em prol da coexistência de regras e princípios. Nessa toada, a atividade do intérprete constitucional sofreu um incremento, pois se viu diante do imperativo de igualmente seguir o conteúdo abarcado por tratados internacionais ratificados pelo País. No Brasil, foi a abertura material da Constituição de 1988, oriunda do § 2º, do artigo 5º, que inaugurou esse processo.

Deveras, a concepção de Constituição materialmente aberta implicou na gradativa mudança de paradigmas. Trata-se de noção que possibilitou a integração entre as ordens jurídicas interna e internacional, e isso fez com que a posição central assumida pela Constituição passasse a coexistir com outros instrumentos de proteção, que igualmente devem repercutir nas esferas de atuação do Estado, com vistas a otimizar a proteção dos direitos humanos.

No que toca ao diálogo entre os Direitos interno e internacional, destaca-se o ponto do *status* assumido pelos tratados incorporados no País, sobretudo dos relacionados aos direitos humanos. Apesar das divergências na matéria, ainda longe da solução pretendida pela inserção do § 3º ao artigo 5º da CF/1988, o melhor entendimento é o que aponta que os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil passam a integrar a ordem constitucional, uma vez que se revestem da qualidade de normas materialmente constitucionais, pouco importando se sua aprovação se dá pelo quórum qualificado. É verdade que o quórum previsto na norma em comento permite que os tratados integrem a ordem constitucional também como normas equivalentes às emendas constitucionais, e isso gera repercussões. Não obstante, considerando que o objetivo dessa análise específica foi,

principalmente, esclarecer, em termos gerais, os tipos de tratados incorporados no Direito interno que podem servir de parâmetro para a aplicação do controle de convencionalidade, pode-se afirmar que a aprovação qualificada apenas importa quanto ao tipo de controle aplicado. Assim, para fins da aplicação do controle difuso de convencionalidade, qualquer tratado sobre direitos humanos que tenha sido ratificado pelo Brasil pode ser paradigma (tanto aqueles com *status* de norma constitucional, quanto os equivalentes à emenda constitucional). Já para o controle concentrado de convencionalidade, apenas servem os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil e incorporados com a sistemática do § 3º do artigo 5º (que além de serem materialmente constitucionais, são equivalentes às emendas constitucionais e por isso também ganham o caráter de formalmente constitucionais).

A abertura do ordenamento constitucional e a possibilidade de diálogos entre ordens jurídicas diversas contribuíram para a flexibilização do conceito de soberania. Com isso, surgiram concepções que revelaram a necessidade de o Estado ser compreendido dentro de um espaço comunitário, no qual a prevalência dos direitos humanos é que deve imperar. Não se fala em afastar referido atributo do Estado, mas apenas em mitigá-lo, e isso, em seu aspecto quantitativo. Assim, a essência da soberania permanece a mesma, e o que sofre alteração, na verdade, são as formas pelas quais ela se exterioriza, dada a necessidade de compatibilização com a normativa de proteção de direitos.

Nesse contexto, carece de releitura a questão da validade das leis. Trata-se de conceito que não corresponde ao plano de vigência, e que diretamente influi na capacidade da espécie normativa produzir efeitos no plano jurídico. Enquanto a existência da lei depende do preenchimento de condições formais da produção normativa, a validade necessita de sua coerência com condições substanciais, nas quais se enquadram as disposições da Constituição Federal e dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo País. Caso as condições formais sejam preenchidas e a coerência com a Constituição e com os tratados internacionais em matéria de direitos humanos se faça presente, a lei estará em vigor, será válida e, com isso, capaz de gerar efeitos. De outro lado, a falta da coerência implicará em uma espécie antinômica e, portanto, inválida. Falando-se em controle de convencionalidade, estar-se-á diante de uma lei inconveniente e, de qualquer modo, ineficaz.

Revelou-se, com isso, a conjuntura que possibilitou o desenvolvimento do controle de convencionalidade.

Com efeito, aludido controle se originou em 1975, quando, no Direito francês, já era compreendido como a análise de compatibilidade do ordenamento jurídico com tratados internacionais. No cenário interamericano, por seu turno, apesar do uso da nomenclatura datar

de 2003, apenas em 2010 a Corte IDH firmou, por unanimidade de votos, a jurisprudência acerca do instrumento. Salienta-se, entretanto, que no período compreendido entre 2003 e 2010, referido órgão de proteção já construía a teoria ao longo de seus pronunciamentos, a exemplo do emblemático *Caso Almonacid Arelliano e Outros vs. Chile*, que inaugurou a noção do controle interno de convencionalidade.

A obrigação de controlar a convencionalidade no âmbito interno do Estado decorre da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, dos entendimentos firmados pela Corte IDH, das cláusulas de abertura material dos ordenamentos jurídicos e, ainda, da impossibilidade de os direitos humanos serem reduzidos a um rol taxativo. Relativamente ao Brasil, aludida obrigação também se funda no dever assumido pela República perante a ordem internacional quando da ratificação dos tratados, bem como no princípio da prevalência dos direitos humanos que deve regê-la em suas relações internacionais.

De acordo com a teoria do controle de convencionalidade, quando o operador jurídico apurar a incompatibilidade da norma objeto de controle com o parâmetro utilizado para o seu exercício, deverá atuar declarando a invalidade da espécie, uma vez que inconveniente. Tal tarefa não se resume à sobreposição de normas, pois o responsável por sua aplicação também precisa dosar se o conteúdo do objeto submetido ao controle é mais benéfico do que o do paradigma. Trata-se da incidência do princípio *pro persona*.

O controle de convencionalidade primário é praticado no âmbito interno do País. Caso não se dê suficientemente ou mesmo não se efetive, incidirá a atuação do órgão internacional que, no Sistema de Proteção do qual o Brasil faz parte, é a Corte IDH. Na verdade, há um complemento de esforços com vistas à maior proteção e efetivação de direitos. Todavia, no caso do controle externo, além dos efeitos produzidos pela aplicação do instrumento internamente — declaração de inconveniente e, por consequência, de invalidade da lei —, também poderá sobrevir a responsabilização internacional do Estado pela violação de direitos humanos. Esta pode englobar, por exemplo, determinações ao país no sentido de ele promover a reparação dos danos; a cessação do ilícito; a satisfação por meio da apresentação de um conjunto de medidas aptas a promoverem a reparação no caso concreto; a indenização pecuniária da vítima quando, apesar da eliminação do ilícito, não for possível afastar completamente a violência sofrida; a garantia da não reiteração da conduta que viola obrigação internacional etc. O risco de um país ser submetido a tais medidas torna evidente a necessidade do controle interno de convencionalidade ser priorizado e devidamente exercido,

pois, a partir dele, eventuais conflitos normativos encontram solução dentro do próprio Estado, o que traduz o cumprimento dos deveres assumidos perante a ordem internacional.

Todos os Poderes da República devem desempenhar suas funções respeitando o conteúdo da normativa internacional, especialmente no que se refere aos direitos humanos. Para isso, imperativo se mostra o exercício do controle de convencionalidade nas atividades de cada Poder. Não se trata, pois, de tarefa exclusiva do Judiciário. No que toca ao Legislativo, o controle de convencionalidade se dá, por exemplo, pelas Casas do Congresso Nacional quando elas verificam a compatibilidade vertical material dos projetos de lei em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos. A incompatibilidade implicará na rejeição do projeto, dada a sua inconvenção. A atuação do Poder Executivo, por sua vez, deve se manifestar, sobretudo, por meio do chefe da Administração, seja em sua participação no processo legislativo, ou na prática dos atos administrativos propriamente ditos. Destarte, a República Federativa do Brasil como um todo deve atuar no sentido de controlar a convencionalidade de suas leis. A atuação contrária ou simplesmente indiferente aos ditames dos TIDH tem por consequência a responsabilidade do Estado brasileiro.

A teoria se preocupa com a distinção do controle de convencionalidade de outros instrumentos. Nesse ponto, observou-se que o controle de constitucionalidade é reservado para os casos em que o objeto de controle viola única e exclusivamente a Constituição. Quando o objeto a ser controlado também abrange violação aos tratados internacionais de direitos humanos, aí incidirá o controle de convencionalidade. O controle de suprallegalidade, a seu turno, diz respeito à análise do objeto em face de tratados internacionais em matéria alheia a direitos humanos, ou seja, de tratados internacionais comuns. Por fim, no que se refere ao controle de legalidade, o paradigma a ser considerado são as leis ordinárias ou complementares.

Relativamente às modalidades do controle de convencionalidade, a doutrina assinala que pode ser exercido pela via incidental (controle difuso) e direta (controle concentrado). A modalidade difusa se dá por qualquer tribunal ou juiz, que o implementará mediante a compatibilização da lei objeto do controle com a matéria dos tratados paradigmas (tratados de direitos humanos com *status* de norma constitucional ou equivalentes à emenda constitucional). Verificando-se a contrariedade, bem como a hipótese da proteção conferida pelo tratado ser mais benéfica do que a do Direito interno, declarará a invalidade da lei para o caso concreto. O modelo concentrado encontra-se adstrito ao Supremo Tribunal Federal, que poderá ser acionado (por meio dos típicos instrumentos disponíveis para o controle de constitucionalidade, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de

Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o próprio Mandado de Injunção) com o objetivo de aferir se a lei objeto de controle ofende as disposições do tratado paradigma (tratados de direitos humanos equivalentes a emenda constitucional). Nesse caso, os efeitos produzidos pelo controle são oponíveis a todos.

Quanto aos parâmetros para o controle de convencionalidade, isto é, aquilo que é passível de invocação para o exercício do controle, podem englobar todos os direitos previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e em outros tratados sobre direitos humanos, oriundos do Sistema Interamericano e de outros Sistemas Regionais, ou mesmo do Sistema Global de Proteção, bem como toda a atividade executada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja ela a atuação em casos contenciosos ou a emissão de pareceres consultivos de caráter exclusivamente interpretativo.

A partir da análise dos aspectos teóricos do controle de convencionalidade, foi possível o exame de sua aplicação pelos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo brasileiros, fazendo-o por meio da exemplificação.

Antes disso, contudo, apresentou-se a dinâmica do controle externo de convencionalidade relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro. O caso investigado permitiu concluir que, de fato, trata-se de hipótese extrema, e que poderia ser evitada se o País verdadeiramente agisse com o propósito de honrar os compromissos internacionais assumidos, flexibilizando-se, pois, a forma pela qual exterioriza sua soberania.

O controle jurisdicional de convencionalidade apresenta-se, ao lado da espécie de controle empregada pela Corte IDH, como a que (dentro da ainda restrita exploração do tema) mais já foi estudada pela comunidade acadêmica até o momento. Não obstante, percebe-se que no Brasil a invocação de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e de pronunciamentos da Corte IDH se dá muito mais para fins de sustentar o posicionamento já tomado pelo Tribunal (com base na Constituição) do que como tradução da aplicação de parâmetros no exercício do controle. Além disso, a questão da hierarquia normativa ainda se mostra determinante para fins de conformação do ordenamento jurídico pátrio com os tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

O exame do mecanismo no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, de outro lado, ainda mais raramente se verifica. Por este motivo, na tentativa de se alcançar um dos objetivos iniciais do trabalho (exemplificar os controles legislativo e executivo de convencionalidade), foi inevitável recorrer à suposição da aplicação do instrumento em tais esferas, baseando-se, entretanto, nos elementos teóricos anteriormente colhidos.

De todo modo, a dificuldade encontrada no levantamento de casos capazes de ilustrar a aplicação do controle de convencionalidade no âmbito dos três Poderes da República assinalou que ele ainda não se verifica a contento. Não obstante, ressalva-se que para este ponto específico da investigação, o fundamental foi exemplificá-lo, e não coletar dados na intenção de categoricamente verificar se ele é ou não aplicado, tampouco de quantificar essa aplicação.

Diante de todo o conteúdo abordado, as finalidades essenciais da proposta se mostraram satisfatoriamente alcançadas. A conjuntura de desenvolvimento do controle de convencionalidade, a análise teórica do instrumento e, por fim, sua visualização na prática do Direito brasileiro evidenciaram aspectos fundamentais para a jornada de reconhecimento e de efetivação dos direitos humanos.

Na verdade, quando se observa a saga histórica percorrida para a simples codificação de direitos, e as recorrentes mazelas sociais provocadas pela ofensa de muitos em prol dos interesses de poucos, cuja perpetuação diária destitui pessoas da condição humana que lhes é inerente, acredita-se que todo mecanismo que revela o intuito de contribuir de alguma forma com a proteção e concretização dos direitos humanos é, definitivamente, salutar. O controle de convencionalidade encaixa-se perfeitamente nessa dinâmica. A sua compreensão, teórica e prática, permite que os operadores jurídicos alcancem a autonomia necessária para devidamente aplicá-lo e contribuir, ainda que a pequenos passos, com esse constante processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFRICAN *Commission on Human and Peoples' Rights: History of the African Charter*. Disponível em: <<http://www.achpr.org/instruments/achpr/history/>>. Acesso em: 05 set. 2018.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. El origen, fundamento, concepto y contenido del control de convencionalidad interno que deben concretar los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudência de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional Chilenos. In: GOMES, E. B.; LEAL, M. C. H.; PAMPLONA, D. A. (Coords.). *Direitos Humanos sob a Perspectiva Global: estudos em homenagem à Flávia Piovesan*. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2017. p. 114–244.
- ALONSO, Ricardo Pinha. Há futuro para a democracia brasileira? *Revista Videre*, Dourados–MS, v. 10, n.18, 2. sem. 2017. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/7066/4244>>. Acesso em: 08 ago. 2018.
- ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; DINIZ, Lucas Thainan Mendes. História, Democracia e Pensamento Crítico na Aplicação dos Direitos Fundamentais. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 15, p. 35–54, dez. 2016. ISSN 1984–7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1648>>. Acesso em: 13 jan. 2019.
- AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 15, p. 69–94, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522014000300069&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 jan. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 13–100, 2006. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/241>>. Acesso em: 01 nov. 2018.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141–176, abr. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 19 jan. 2019.
- BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Violações em Massa e Reparações: as contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 335–366.
- BAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. *Direito Público*, [S.l.], v. 8, n. 41, jan. 2013. Disponível

em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1953/1061>>. Acesso em: 24 dez. 2018.

BOBBIO, Norberto. Política. In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Trad. de Carmen C, Varriale et al.; Coord. Trad. João Ferreira. 11. ed. rev. geral. João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Revista Estudos Avançados*, [S.l.], 18, 51, p. 127–150, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007>. Acesso em: 02 jun. 2018.

_____. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Acordo de Cooperação Técnica (CNMP e SG/OEA – 2018). *Diário Oficial da União*, 22 nov. 2018. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Termosdecooperacao/SGOEA/Acordo_de_cooperacao_CIDH.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Brasília: SDH, 2010. Disponível em: <<https://pndh3.sdh.gov.br/public/downloads/PNDH-3.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Coletânea temática de jurisprudência: Direitos Humanos*. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. p. 75, 197–198. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/CTJ_Direitos_Humanos.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2018.

BREGA FILHO, Vladimir. Federalização das Violações de Direitos Humanos. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho–PR, n. 5, p. 45–63, fev. 2013. ISSN 2317–3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/39/40>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

BRITO, Emanuele Seicenti de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Evolução dos Direitos das Pessoas Portadoras de Transtornos Mentais: uma análise da legislação brasileira. *RDisan*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 41–63, jul./out. 2012. Disponível em: <<https://www.fen.ufg.br/revista/v15/n4/v15n4a01.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; PEREIRA, Fabrício Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de Processo*, v. 237, p. 435, nov. 2014.

_____. Protagonismo Judiciário Responsável. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho–PR, n. 16, p. 83–97, fev. 2013. ISSN 2317–3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/215>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev, ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113–152, jan./mar. 2013. ISSN 2236–8957. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista61/revista61_113.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2019.

COLOMBO, Silvana. A relativização do conceito de soberania no plano internacional. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho–PR, n. 17, p. 229–241, abr. 2013. ISSN 2317–3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/241>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos: Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acesso em: 13 set. 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Edição especial em comemoração aos 10 anos de Constituição Federal. set. 1998. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes2.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes: por uma abertura crítica do direito brasileiro ao sistema interamericano de proteção de direitos humanos. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz; PERAZZOLO, José Rodolpho; BARROSO, Luís Roberto; SILVA, Marco Antonio Marques da; CICCIO, Maria Cristina de (Coord.). *Refugiados, Imigrantes e Igualdade dos Povos: estudos em homenagem a António Guterres*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 891–912.

CONTRERAS, Javier Ciurlizza. La Interpretación em el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: el caso de la función consultiva de la Corte Interamericana. *Instituto de Estudios Internacionales*, n. 4, p. 91–105, 1995. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/view/7152/7352>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS NETO, Archimedes; RIGOLDI, Viviane. Direitos Humanos no controle de convencionalidade: Caso Gomes Lund e Lei da anistia. *Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)*, 4 (2018), n. 1. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2018/1/2018_01_0199_0222.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

FACHIN, Melina Girardi. A nova ordem pública internacional: direitos humanos, diálogos e solidariedade. In: GOMES, E. B.; LEAL, M. C. H.; PAMPLONA, D. A. (Coords.). *Direitos Humanos sob a Perspectiva Global: estudos em homenagem à Flávia Piovesan*. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2017, p. 105–113.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. Trad. de Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho; Rev. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. Trad. de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: CES, 63, out. 2002, p. 07–20.

GALVÃO, Vivianny Kelly; CALHEIROS, Livia Bandeira. O caso araguaia: os desaparecimentos forçados no Brasil. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 14, p. 186–204, mar. 2016. ISSN 1984–7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/1295>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

GARCIA, Emerson. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

GOMES, Eduardo Biacchi; ZANCHI, Deborah Maria. O controle de convencionalidade como instrumento de proteção dos direitos sociais: desdobramentos da Convenção n. 158 da OIT. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 45, n. 144, p. 207–253, jun. 2018. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/858/Ajuris-144-DT7.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Direito dos direitos humanos e a regra interpretativa “pro homine”. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho–PR, n. 7, p. 197–202, fev. 2013. ISSN 2317–3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/80/80>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

_____. Prisão civil, tratados de direitos humanos e as antinomias com a lei e com a constituição. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho–PR, n. 11, p. 11–14, fev. 2013. ISSN 2317–3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/139>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

GUERRA, Sidney. A proteção internacional dos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana e o controle de convencionalidade. *Nomos: Revista do Programa de Pós-graduação em direito da UFC*. v. 32.2, p. 341–366, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/365/347>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

_____. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; MONTEIRO, Millena Fontoura. Controle de convencionalidade e tratamento dado aos crimes ditatoriais no Brasil: reflexões acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA). *Revista Acadêmica de Direito da UNIGRANRIO*. v. 8, n. 2, p. 01–23, 2018. ISSN 1984–7920. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/5311/2710>>. Acesso em: 24 dez. 2018.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HITTERS, Juan Carlos. Um avance en el control de convencionalidade: el efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana. *Revista Pensamiento Constitucional*, Peru, n. 18, p. 315–329, 2013. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/8959/9367>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, Chile, Año 7, n. 2, p. 109–128, 2009. Disponível em: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

HOFFMAM, Fernando; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Direito processual constitucional e controle de convencionalidade na perspectiva da internacionalização do direito. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho–PR, n. 27, p. 95, mar. 2018. ISSN 2317–3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/95>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

HUNEEUS, Alexandra. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court’s struggle to enforce Human Rights. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 44, n. 3, p. 493–533, 2011. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol44/iss3/2?utm_source=scholarship.law.cornell.edu%2Fcilj%2Fvol44%2Fiss3%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 23 dez. 2018.

IDH 2018: BRASIL ocupa a 79ª posição. *UOL Notícias Internacional*. São Paulo, 14 set. 2018. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/09/14/idh-2018-brasil-ocupa-a-79-posicao-veja-a-lista-completa.htm>>. Acesso em: 05 set. 2018.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. The Constitutionalization of International Law in Latin America: Conventionality Control The New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights. *Ajil Unbound*, v. 109, p. 93–99, nov. 2015. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/CC71A5517CAF78AA4F73FECE>>

C1A041EC/S2398772300001240a.pdf/conventionality_control_the_new_doctrine_of_the_interamerican_court_of_human_rights.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARTÍN, Nuria Belloso. El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiología y la arbitrariedad. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 59, n. 1, p. 145–178, abr. 2014. ISSN 2236–7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/36352/22404>>. Acesso em: 22 dez. 2018.

MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Controle de convencionalidade: a influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e a declaração de nulidade da Lei de Anistia*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, DF.

MAUÉS, Antônio Moreira. BRASIL: As promessas não cumpridas da suprallegalidade. In: MAUÉS, A. M., MAGALHÃES, B. B. (Coords.). *O Controle de Convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 157–170.

_____. Suprallegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, p. 214–235, 2013. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/suprallegalidade-dos-tratados-internacionais-de-direitos-humanos-e-interpretacao-constitucional/>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Informação Legislativa*: v. 39, n. 156, p. 169–177, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/823>>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. *Direito dos Tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: MAIA, L. M., LIRA, Y. (Coord). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 23–66.

MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife, PE. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4162/1/arquivo6336_1.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

MOLINA, André Araújo; _____. O controle de convencionalidade da reforma trabalhista. *Revista Datavenia*, Campina Grande – PB, v. 9, n. 1, p. 34–49, jan./abr. 2017. ISSN: 1519–

9916. Disponível em: <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/view/4161-12622-1/2430>>. Acesso em: 24 dez. 2018.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 433–434.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça: uma breve análise do voto do min. Ribeiro Dantas. *FIDES*, Natal–RN, v. 8, n. 1, p. 99–103, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/300/307>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

_____. O exercício do controle de convencionalidade pelos tribunais latino-americanos. In: MAIA, L. M., LIRA, Y. (Coord). *Controle de Convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 581–610.

OEA: *Mais direitos para mais pessoas*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/comissao_direitos_humanos.asp>. Acesso em: 22 jun. 2018.

ONUBR: *Nações Unidas no Brasil*. A História da Organização. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*: Revista do Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), São Paulo, n. 19, p. 67–93, jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2019.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais, europeu, interamericano e africano*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 45–46, p. 37–50, jan./dez. 1996. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo3.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os Tratados de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241–286, 1 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857/70465>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

_____. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSATO, Cássia Maria; CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes. *Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR*, v. 8, n. 15, p. 93–113, dez. 2011. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/caso-damiao-ximenes-lobes/>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. *Revista direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681–706, dez. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 jan. 2019.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en particular sobre las constituciones nacionales, *La Ley, Doctrina*, 19 fev. 2009. p. 01–06.

_____. Las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad. *Revista Pensamiento Constitucional*, Peru, n. 20, p. 275–283, 2015. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14893>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

SANDEL, Michael J. O que importa é o motivo / Immanuel Kant. In: _____. *JUSTIÇA: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 133–174.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, v. I, n. 1, p. 01–45, abr. 2001. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/direitos-fundamentais-sociais-59638788?_ga=2.75710423.317570863.1547382985-64000077.1547382985>. Acesso em: 13 jan. 2019.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais. *Revista Consultor Jurídico*, [S.l.], 10 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Forum, 2016.

_____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHÄFER, Gilberto et al. Os Controles de Convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216–242, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/4811/pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

SEGATTO, Antonio Carlos; ABATE, Leandro de Paula Assunção. O sistema representativo presidencial brasileiro e a sua fragilidade democrática: conflitos e soluções. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho–PR, n. 11, p. 153–178, fev. 2013. ISSN 2317–3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/149>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

TAIAR, Rogerio. *Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: MP Ed., 2010.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 37–57, jan. 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos do século XXI. In: *Curso de direito internacional*, 2006, Rio de Janeiro. Trabalho de pesquisa. Brasília: Comissão Jurídica Interamericana da Oea, 2006. p. 408–490. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. *Revista brasileira de direito constitucional – RBDC*, [S.l.], n. 09, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/124/118>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

VASCONCELLOS, Ursula et al. Interesse público e desapropriação: o caso dos megaeventos no Rio de Janeiro. *Revista Em Tempo*, [S.l.], v. 13, p. 365–394, dez. 2014. ISSN 1984–7858. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/477>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira (coord.); RAMOS, Luciana de Oliveira; GLEZER, Rubens; BRITO, Adriane Sanctis de; KLAFKE, Guilherme; GIOVANELLI, Rafael; LESSA, Marília. *Implementação das recomendações e decisões do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: institucionalização e política*. 1. ed. São Paulo: Direito GV, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2011. p. 09–41.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 379.269–MS*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado no DJe de 30 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n.º 1.640.084–SP*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Publicado no DJe de 01 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Carta Rogatória n.º 8.279–Argentina*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 17 de junho de 1998. Informativo STF, n. 196, Brasília, 1º a 4 de agosto de 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental vigésimo quinto. *Ação Penal n.º 470–MG*. Relator para o acórdão Teori Zavascki. Voto do ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 17 fev. 2014, p. 197–198.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153–DF*. Relator: Ministro Eros Grau. Publicado no DJ de 6 ago. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 320–DF*. Relator: Ministro Luiz Fux. Processo em andamento.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 496–DF*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Processo em andamento.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.625–DF*. Relator: Ministro Maurício Correa. Processo em Andamento.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.240–SP*. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJ de 01 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n.º 1.362–DF*. Relator: Ministro Edson Fachin. Publicado no DJ de 05 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 126.292–SP*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Publicado no DJ de 07 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 154.143–RJ*. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de 10 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 466.343–1–SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso, Pleno. Publicado no DJ de 05 jun. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 511.961–SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ de 13 nov. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 591.054–SC*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Publicado no DJ de 26 fev. 2015.

CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n. 154.

_____. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C n. 87.

_____. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n. 220.

_____. *Caso De La Cruz Flores Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C n. 115.

_____. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C n. 120.

_____. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C n. 160.

_____. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C n. 77.

_____. *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C n. 200.

_____. *Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C n. 333.

_____. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C n. 203.

_____. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C n. 221.

_____. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C n. 219.

_____. *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014.

_____. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C n. 136.

_____. *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C n. 253.

_____. *Caso Herzog y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C n. 353.

_____. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n. 73.

_____. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C n. 101.

_____. *Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C n. 161.

_____. *Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018. Serie C n. 346.

_____. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n. 158.

_____. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C n. 318.

_____. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C n. 149.

_____. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985*. Serie A n. 5.

_____. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994*. Serie A n. 14.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Relatório Anual 1996. Relatório n. 39/96. *Caso 11.673. Santiago Marzióni vs. Argentina*. 15 de outubro de 1996.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. A Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e a Melhoria da Assistência à Saúde Mental. Doc. das Nações Unidas n. A/ 46/49 de 17.12.1991. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ProtPessAcomTranstment.html>>. Acesso em: 19 dez. 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 213 de 15 de dez. 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, 191-A, 05 out. 1988.

_____. Decreto Executivo n.º 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, 07 de jul. 1992, p. 8.713.

_____. Decreto Executivo n.º 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 1992.

_____. Decreto Executivo n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, 09 nov. 1992.

_____. Decreto Executivo n.º 1.855, de 10 de abril de 1996. Promulga a Convenção 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1982. *Diário Oficial da União*, 26 set. 1996.

_____. Decreto Executivo n.º 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT n.º 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. *Diário Oficial da União*, 23 dez. 1996.

_____. Decreto Executivo n.º 2.754, de 27 de agosto de 1998. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, em 8 de junho de 1990, e assinado pelo Brasil em 7 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, 28 ago. 1998, p. 21.

_____. Decreto Executivo n.º 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1999.

_____. Decreto Executivo n.º 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. *Diário Oficial da União*, 9 out. 2001.

_____. Decreto Executivo n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, p. 1, 11 nov. 2002.

_____. Decreto Executivo n.º 5.639, de 26 de dezembro de 2005. Promulga a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. *Diário Oficial da União*, 27 dez. 2005, p. 12.

_____. Decreto Executivo n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, 26 ago. 2009, p. 03.

_____. Decreto Executivo n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 15 dez. 2009, p. 59.

_____. Decreto Executivo n.º 8.766 de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, 11 maio 2016, p. 1.

_____. Decreto Executivo n.º 9.522, de 8 de outubro de 2018. Promulga o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, firmado em Marraqueche, em 27 de junho de 2013. *Diário Oficial da União*, 09 out. 2018, p. 01.

_____. Decreto Executivo n.º 98.386, de 09 de dezembro de 1989. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. *Diário Oficial da União*, 13 nov. 1989.

_____. Decreto Legislativo n.º 27, de 26 de maio de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 28 maio 1992, p. 6.586.

_____. Decreto Legislativo n.º 56, de 19 de abril de 1995. Aprova os textos do Protocolo sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) adotado em São Salvador, em 17 de novembro de 1988, e do Protocolo referente à Abolição da Pena de Morte, adotado em Assunção, Paraguai, em 8 de junho de 1990. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 28 abr. 1995, p. 5.945.

_____. Decreto Legislativo n.º 68, de 16 de setembro de 1992. Aprova o texto da Convenção n.º 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o Término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 1982, durante a 68ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho. *Diário Oficial da União*, 17 set. 1992.

_____. Decreto Legislativo n.º 89, de 3 de dezembro de 1998. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em

todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. *Diário Oficial da União*, p. 2, 4 dez. 1998.

_____. Decreto Legislativo n.º 127, de 08 de abril de 2011. Aprova o texto da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado De Pessoas, concluído em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*, 11 abr. 2011, p. 1.

_____. Decreto Legislativo n.º 186, de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da União*, 10 jul. 2008, p. 01.

_____. Decreto Legislativo n.º 198, de 13 de junho de 2001. Aprova o texto da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, concluída em 7 de junho de 1999, por ocasião do XXIX Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, realizado no período de 6 a 8 de junho de 1999, na cidade de Guatemala. *Diário Oficial da União*, 15 jun. 2001, p. 4.

_____. Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991. Aprova os textos do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos aprovados, junto com o Protocolo Facultativo relativo a esse último Pacto, na XXI Sessão (1966) da Assembleia-Geral das Nações Unidas. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 1991, p. 28.838.

_____. Decreto Legislativo n.º 261, de 25 de novembro de 2015. Aprova o texto do Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013. *Diário Oficial da União*, 26 nov. 2015, p. 02.

_____. Decreto Legislativo n.º 496, de 17 de julho de 2009. Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 20 jul. 2009, p. 06.

_____. Decreto Legislativo n.º 890, de 01 de setembro de 2005. Aprova o texto da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002. *Diário Oficial da União*, 2 set. 2005.

_____. Decreto Legislativo n.º 30.544, de 14 de fevereiro de 1952. Promulga a Carta da Organização dos Estados Americanos, firmada em Bogotá, a 30 de abril de 1948. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 19 fev. 1952, p. 2473.

_____. Decreto-Lei n.º 972, de 17 de outubro de 1969. Dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista. *Diário Oficial da União*, 21 out. 1969, p. 8931.

_____. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1940.

_____. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 2004, p. 09.

_____. Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União*, 6 dez. 1999. Acesso em: 1 jan. 2019.

_____. Lei n.º 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. *Diário Oficial da União*, 09 abr. 2001.

_____. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 8 ago. 2006.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015.

_____. Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, 7 jul. 2015.

_____. Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.ºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, 14 jul. 2017.

_____. Projeto de Lei n.º 3.657, de 12 de setembro de 1989. Dispõe sobre a extinção progressiva dos manicômios e sua substituição por outros recursos assistenciais e regulamenta a internação psiquiátrica compulsória. *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, 29 set. 1989, p. 10.696-10.697.

_____. Projeto de Lei n.º 7.699, de 21 de dezembro de 2006. Institui a Lei Brasileira da Inclusão da Pessoa com Deficiência; altera as Leis n.ºs 4.737, de 15 de julho de 1965, 7.853, de 24 de outubro de 1989, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.078, de 11 de setembro de 1990, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.313, de 23 de dezembro de 1991, 8.429, de 2 de junho de 1992, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.029, de 13 de abril de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.503, de 23 de setembro de 1997, 9.615, de 24 de março de 1998, 10.048, de 8 de novembro de 2000, 10.098, de 19 de dezembro de 2000, 10.257, de 10 de julho de 2001, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, 11.126, de 27 de junho de 2005, 11.904, de 14 de janeiro de 2009, e 12.587, de 3 de janeiro de 2012, e a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e revoga dispositivo da Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995. Transformado na Lei Ordinária 13146/2015. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 2015.

_____. Senado Federal. *Parecer da relatora designada para manifestar-se sobre as emendas de plenário ao Projeto de Lei n.º 7.699, de 2006*. pp. 01–18. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1306736&filena me=PPP+1+%3D%3E+PL+7699/2006>. Acesso em: 24 dez. 2018.

COMISSÃO Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: 05 set. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Provimento conjunto n.º 03/2015. Diário da Justiça Eletrônico, Poder Judiciário, São Paulo–SP, 27 jan. 2015.