

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

Tiago Fuchs Marino

O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Campo Grande

2021

TIAGO FUCHS MARINO

O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Humanos

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Luciani Coimbra de Carvalho

Coorientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci

Campo Grande

2021

TERMO DE APROVAÇÃO

Nome: Tiago Fuchs Marino

Título: O controle difuso de convencionalidade pela Administração Pública.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para fins de obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 13/12/2021

Banca Examinadora

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Luciani Coimbra de Carvalho

Instituição: UFMS

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Coorientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci

Instituição: PUC-SP

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira

Instituição: UFMS

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Prof.^a Dr.^a Melina Girardi Fachin

Instituição: UFPR

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Campo Grande

2021

A minha vó Ermira, cuja resiliência sempre me inspirou a persistir

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Luciani Coimbra de Carvalho, e ao meu coorientador, Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci, por todo o auxílio e aconselhamento que foram imprescindíveis não só para a conclusão desta pesquisa, mas também para minha formação acadêmica e evolução pessoal.

Aos membros da banca examinadora, pelo empenho na análise crítica da dissertação, pelas relevantes orientações na etapa de qualificação e por se disporem a participar do ato final de defesa.

A todos os professores que contribuíram com minha experiência no Mestrado, seja no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, seja em disciplinas cursadas em outras instituições, em especial a Prof.^a Dr.^a Melina Girardi Fachin, cujos ensinamentos, para além do campo teórico, me fizeram ter certeza sobre minha escolha pela área dos direitos humanos e me inspiraram a enxergar o mundo sob a ótica da alteridade.

Ao Dr. Pedro Gabriel Siqueira Gonçalves, pela compreensão e incentivo nesta jornada, bem como aos meus colegas de trabalho, que sempre me encorajaram a continuar estudando e pesquisando.

A minha família, pelo amor e apoio incondicional em meus projetos e decisões. Sem o carinho, suporte e motivação de todos seria impossível chegar até aqui.

Por fim, aos amigos que sempre me acompanharam, pelo afeto, companheirismo e paciência, principalmente a Gabriela Afif e Matheus Peres, que são meu porto seguro. E, também, àqueles que passaram a me acompanhar a partir do Mestrado, em particular a Leticia de Andrade Porto e João Pedro Rodrigues Nascimento, pelas parcerias, estímulo e risadas compartilhadas.

*Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos.
As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.
Meu nome é tumulto, e escreve-se na pedra.*

Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

MARINO, Tiago Fuchs. **O controle difuso de convencionalidade pela Administração Pública**. 2021. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2021.

No atual contexto de governança global e de tutela multinível dos direitos humanos, surge para a Administração Pública brasileira o dever de se reorganizar para atender aos parâmetros de proteção dos direitos humanos estabelecidos em nível regional, tendo em vista a decisão do Brasil de ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e de reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Apesar disso, quando se fala em aplicação dos tratados e precedentes internacionais em matéria de direitos humanos, ainda se observa grande protagonismo do Poder Judiciário e uma posição refratária dos agentes públicos sobre o tema, circunstância que não raras vezes culmina em prejuízos aos administrados e até mesmo na responsabilização internacional do Estado. A partir dessa constatação e com base na atual jurisprudência da Corte Interamericana, que conferiu a todos os agentes públicos o dever de realizar a conformação das normas jurídicas internas com o direito convencional, o presente trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de a Administração Pública brasileira utilizar a técnica do controle difuso de convencionalidade para fins de incorporação dos parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos. Para tanto, busca-se apresentar os pressupostos jurídicos e políticos que ensejaram a aproximação entre a atividade administrativa e a tutela dos direitos humanos fundamentais nas últimas décadas, verificar como se configuram atualmente as relações entre o ordenamento jurídico interno e o direito internacional dos direitos humanos, identificar o surgimento do controle de convencionalidade nos precedentes da Corte Interamericana e, por fim, refletir sobre a possibilidade de o referido controle ser empreendido na esfera administrativa, mediante abordagem de seus fundamentos, diretrizes, possíveis críticas e parâmetros. A pesquisa adota o método dedutivo, é realizada de forma descritiva e exploratória e tem natureza bibliográfica, documental e qualitativa. Ao final, conclui-se que o controle de convencionalidade constitui um dever de todos os agentes públicos, que encontra fundamento na natureza unitária da responsabilidade internacional do Estado e na reformulação do princípio da legalidade. Deve ser exercido com o fim de assegurar a proteção dos direitos humanos fundamentais em conformidade com o *corpus juris* interamericano, a partir do critério material *pro persona*, de forma construtiva e repressiva, tendo como paradigma o “bloco de convencionalidade” e alcançando todas as normas jurídicas internas, observadas as particularidades da organização administrativa e os parâmetros produzidos pela Corte Interamericana que impactam a atividade administrativa.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; direitos humanos fundamentais; controle de convencionalidade; Administração Pública.

ABSTRACT

MARINO, Tiago Fuchs. **The diffuse conventionality control by Public Administration.** 2021. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2021.

In the current context of global governance and multilevel protection of human rights, the Brazilian Public Administration has a duty to reorganize itself in order to meet the standards for the protection of human rights established on the regional level, in view of Brazil's decision to ratify the American Convention on Human Rights and to recognize the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. Despite this, when it comes to the application of international treaties and precedents in the field of human rights, there is still a great protagonism for the Judiciary and a refractory position of public agents on the subject, which often culminates in losses to the citizens and even the international responsibility of the State. Based on this observation and considering the current jurisprudence of the Inter-American Court, which has granted to all public agents the duty to promote the conformity of domestic legal rules with conventional law, this paper aims to analyze the possibility of the Brazilian Public Administration of using the diffuse conventionality control technique for the purpose of incorporating inter-American standards for the protection of human rights. To this end, it seeks to present the legal and political premises that led to an approach between administrative activity and the protection of fundamental human rights in the last decades, to verify how the relations between the domestic legal system and international human rights law are currently configured, to identify the emergence of the conventionality control in the precedents of the Inter-American Court and, finally, to reflect on the possibility of that control being undertaken in the administrative field, through an approach of its principles, guidelines, possible criticisms and standards. The research adopts the deductive method, is developed in a descriptive and exploratory way and has a bibliographic, documentary and qualitative nature. In the end, it concludes that the conventionality control is a duty of all public agents, which is based on the unitary nature of the State's international responsibility and on the reformulation of the principle of legality. It must be exercised for the purpose of ensuring the protection of fundamental human rights in accordance with the inter-American *corpus juris*, based on the material *pro persona* principle, in its constructive and repressive modalities, having as a paradigm the “block of conventionality” and reaching all domestic rules, observing the particularities of the administrative organization and the standards produced by the Inter-American Court that impact administrative activity.

Keywords: Administrative Law; International Human Rights Law; Inter-American Court of Human Rights; fundamental human rights; conventionality control; Public Administration.

LISTA DE SIGLAS

- CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos
- CEDH – Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais
- CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
- Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos
- CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados
- DADH – Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem
- DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos
- OEA – Organização dos Estados Americanos
- ONU – Organização das Nações Unidas
- PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
- PIDESC – Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
- SEDH – Sistema Europeu de Direitos Humanos
- SIDH – Sistema Interamericano de Direitos Humanos
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	18
2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: A RESSIGNIFICAÇÃO DE DOGMAS E CATEGORIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO EM DEFERÊNCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	20
2.2 SOCIALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS E O NECESSÁRIO PROTAGONISMO DO ESTADO PARA SUA EFETIVAÇÃO	26
2.3 DEMOCRATIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: A PARTICIPAÇÃO ATIVA POPULAR, AS SOLUÇÕES CONSENSUAIS E A RELAÇÃO INTEGRADORA COM OS MOVIMENTOS SOCIAIS	32
2.4 CONVENCIONALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: OS IMPACTOS DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL E DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE A ATUAÇÃO DO ESTADO-ADMINISTRADOR	41
3 O ESTADO CONSTITUCIONAL CONVENCIONALIZADO	50
3.1 A DICOTOMIA MONISMO-DUALISMO A PARTIR DO DEBATE ENTRE KELSEN E TRIEPEL	50
3.2 ALTERAÇÕES NO RELACIONAMENTO ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	55
3.3 A DELIMITAÇÃO DO NOVO HORIZONTE TEÓRICO: PLURALISMO CONSTITUCIONAL, DIÁLOGO E MAXIMIZAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	63
3.3.1 Constitucionalismo multinível	64
3.3.2 Transconstitucionalismo	66
3.3.3 Pluralismo constitucional	67
3.3.4 O diálogo pluralista no contexto da proteção dos direitos humanos	70

3.4 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	75
3.4.1 A questão da hierarquia e da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro	76
3.4.2 Por uma concepção pluralista da Constituição de 1988.....	82
4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	86
4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	86
4.1.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos	92
4.1.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	94
4.2 O SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.	100
4.3 OS AGENTES ENCARREGADOS DE REALIZAR O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE	104
4.4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE CONCENTRADA E A EFICÁCIA OBJETIVA DOS PRONUNCIAMENTOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	109
4.4.1 A doutrina da res interpretata no Sistema Europeu de Direitos Humanos	109
4.4.2 A migração da doutrina da res interpretata para a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	115
4.4.3 Diferenciais, potencialidades e desafios ao desenvolvimento da eficácia res interpretata nas sentenças interamericanas.....	119
5 O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	126
5.1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO UM DEVER DE TODOS OS AGENTES PÚBLICOS	127
5.1.1 Responsabilidade unitária do Estado nas relações internacionais.....	127

5.1.2 Poder-dever de autotutela e reformulação do princípio da legalidade (ou juridicidade) administrativa.....	137
5.2 DIRETRIZES PARA A REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	144
5.2.1 Finalidade.....	144
5.2.2 Critério.....	146
5.2.3 Formas de exercício.....	149
5.2.4 Paradigma	152
5.2.5 Alcance	156
5.2.6 Procedimento e efeitos.....	159
5.2.7 A participação da Advocacia Pública.....	161
5.2.8 “Controle do controle”.....	164
5.3 POTENCIAIS CRÍTICAS EM PARALELO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	166
5.4 EXEMPLOS DE PARÂMETROS INTERAMERICANOS A SEREM INCORPORADOS NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	173
6 CONCLUSÃO.....	185
REFERÊNCIAS.....	191

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública tradicionalmente se apresenta como um espaço estratégico de efetivação dos direitos humanos fundamentais, na medida em que, uma vez reconhecido determinado direito no ordenamento jurídico e concebida uma política pública para sua satisfação, é por intermédio da atividade administrativa que o Estado cria as condições necessárias para assegurar a promoção, a proteção e a reparação desse direito.

No atual contexto de governança global e de tutela multinível dos direitos humanos, percebe-se que a atividade administrativa tem sido demandada, cada vez mais, a se adequar aos parâmetros de proteção de direitos humanos estabelecidos pelos organismos internacionais, com o objetivo de honrar os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro e evitar eventual responsabilização internacional e as consequências políticas e jurídicas daí decorrentes. É que os sistemas internacional e regionais de defesa dos direitos humanos, legitimamente instituídos e voluntariamente reconhecidos pelos Estados, têm assumido cada vez maior destaque na tutela desses direitos, desafiando a lógica da subsidiariedade por meio da análise de emblemáticos litígios estratégicos, da concessão de medidas reparatórias abrangentes e de produtivos diálogos intersistêmicos.

Com efeito, o ato soberano do Brasil de aderir ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) lhe conferiu o natural dever de respeitar e aplicar as diretrizes protetivas emanadas pelo aludido sistema, o que exige o comprometimento de diversos atores estatais por meio das mais variadas medidas: legislativas, administrativas, jurisdicionais e governamentais.

Nessa perspectiva, a Corte IDH já reconheceu, em múltiplas decisões, o dever dos países que integram o sistema em realizar a compatibilização de seus atos jurídicos internos com o *corpus juris* interamericano, por meio da técnica do controle difuso de convencionalidade, que permite o diálogo entre o ordenamento interno e o direito internacional e a aplicação das normas e interpretações mais favoráveis aos direitos humanos. Embora, a princípio, o exercício do referido controle tenha sido identificado como obrigação dos juízes dos Estados que ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), mais recentemente o tribunal regional estendeu sua operacionalização para todos os agentes públicos, tendo em vista o princípio da responsabilidade unitária do Estado na esfera internacional.

Apesar disso, considerando o protagonismo que o Poder Judiciário ocupa na atual conjuntura brasileira, são raros os trabalhos que se dedicam a averiguar a potencial contribuição

também da Administração Pública no processo de reeleitura da atuação do Estado Brasileiro e dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988 sob a ótica do direito internacional dos direitos humanos.

Há, ainda, uma utilização muito tímida das normas internacionais de direitos humanos na atividade administrativa, tanto pelo desconhecimento de seus agentes como por (pretensas) limitações impostas por dogmas tradicionais do Direito Administrativo – ramo do ordenamento jurídico que foi construído sob os pilares da autoridade, do poder de império estatal, da insindicabilidade e da legalidade estrita.

Tais dogmas necessitam ser revisitados, notadamente a premissa de vinculação positiva da Administração Pública à lei em sentido estrito. Isso porque, em que pese a relevância da origem clássica do princípio da legalidade administrativa no pensamento liberal iluminista, os fenômenos contemporâneos da crise da lei formal, da ampliação do universo normativo vinculante do agir do Poder Público, da constitucionalização do direito e da crescente abertura da ordem jurídica estatal ao direito internacional dos direitos humanos não mais permitem a compreensão dos agentes públicos como meros repetidores da lei. Ao revés, demandam destes atores uma atuação proativa para assegurar a adequada conformação da atividade administrativa ao ordenamento jurídico integralmente considerado.

Ademais, sabe-se que a atividade administrativa está profundamente presente na organização da vida coletiva, no exercício da cidadania e no atendimento às demandas sociais. Por constituir uma interface entre o Estado e a sociedade, é a Administração que possui melhores condições de detectar e solucionar os problemas enfrentados cotidianamente pelos administrados, circunstância que lhe confere um papel de destaque na realização dos direitos humanos fundamentais e na consequente satisfação das necessidades básicas dos indivíduos.

Além do mais, para o direito internacional, todas as funções desenvolvidas pelo aparato estatal – administrativas, jurisdicionais e legislativas – podem perpetuar violações aos compromissos assumidos convencionalmente no âmbito dos direitos humanos e têm o potencial, portanto, de ensejar a responsabilização internacional. Logo, não há qualquer justificativa para se ignorar o papel que a Administração Pública deve exercer, de ofício, no cumprimento das obrigações internacionais contraídas pelo Estado.

Assim sendo, para além da penetração do direito internacional dos direitos humanos nas decisões do Poder Judiciário brasileiro, torna-se essencial analisar em que medida a Administração Pública também deve participar, dentro de suas respectivas competências, no processo de implementação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e das decisões da Corte IDH.

Não se pode perder de vista que o Brasil já sofreu dez condenações pelo referido tribunal regional, nos seguintes casos: Ximenes Lopes (2006), Escher (2009), Garibaldi (2009), Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) (2010), Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (2016), Favela Nova Brasília (2017), Povo Indígena Xucuru (2018), Vladimir Herzog (2018) e Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus (2020) e Márcia Barbosa de Souza (2021). Além disso, atualmente é réu em outros dois casos que ainda estão pendentes de julgamento, sendo eles: Tavares Pereira e Sales Pimenta, isso sem contar os expedientes em processamento perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Muitas das demandas que chegam ao SIDH são resultantes da atuação deficitária da Administração Pública nas mais diversas frentes, como na inobservância do alcance de determinado direito ou dos limites de sua restrição, na prestação de serviços públicos em desconformidade com os padrões internacionais, na omissão quanto à execução de determinada política pública, na violação de garantias em processos administrativos, na falta de transparência da gestão pública, etc.

Diante de tais constatações, justifica-se a realização de uma pesquisa sobre a possibilidade de a Administração Pública, no marco jurídico brasileiro, utilizar a técnica do controle de convencionalidade para assegurar a proteção aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais dos administrados em consonância com os parâmetros fixados pelo SIDH.

O tema do estudo, além dos motivos expostos acima, também se justifica por estar inserido na área de concentração do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (Direitos Humanos) e por possuir aderência à linha de pesquisa “Direitos Fundamentais, Democracia e Desenvolvimento Sustentável”. Isso porque o controle de convencionalidade constitui relevante instrumento de transformação social, cuja finalidade precípua é garantir o cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelo Estado em matéria de direitos humanos, em ordem a assegurar a todos os indivíduos uma vida digna, segundo os estândares compartilhados pela comunidade internacional.

O objeto da pesquisa está alinhado, ainda, à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU), que é composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), cada qual com metas transformadoras para persecução da paz e da prosperidade. Entre as diversas medidas, destaca-se o ODS n. 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes), que consiste em “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.

O emprego da técnica do controle de convencionalidade relaciona-se diretamente às metas do ODS n. 16, em especial à promoção do Estado de Direito, em nível nacional e internacional (16.3), ao desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes (16.5), à ampliação e fortalecimento da participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global (16.8) e à proteção das liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais (16.10).

Ademais, a análise que se pretende realizar está em consonância com as transformações operadas nas últimas décadas no campo do Direito Administrativo, disciplina que tem abandonado, de modo gradativo, uma perspectiva meramente imperativa, coercitiva e burocrática para se dedicar a instrumentos que promovam a tutela jurídica dos direitos humanos fundamentais de maneira eficaz e eficiente.

O problema principal da pesquisa envolve a seguinte pergunta: a Administração Pública brasileira é legitimada a realizar o controle de convencionalidade para assegurar a proteção dos direitos humanos fundamentais? Tal problemática implica alguns questionamentos secundários: como se consolidou o atual modelo de Administração Pública vocacionado à tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais? De que forma se operam as relações atuais entre o ordenamento jurídico brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos? Qual a origem da técnica do controle de convencionalidade e quem são os respectivos atores encarregados de realizá-la? E quais os fundamentos, diretrizes, potenciais críticas e parâmetros para uma possível realização do controle de convencionalidade em sede administrativa?

Para responder a essas perguntas, o presente trabalho é dividido em quatro capítulos.

No primeiro, busca-se apresentar os principais pressupostos jurídicos e políticos que ensejaram a aproximação entre a Administração Pública e a proteção dos direitos humanos fundamentais nas últimas décadas. Nesse cenário, são abordados os seguintes processos que incidiram sobre a atividade administrativa: constitucionalização, consubstanciado na ressignificação de dogmas e categorias do Direito Administrativo em deferência ao sistema constitucional de direitos fundamentais; socialização, relacionado ao reconhecimento dos direitos sociais e econômicos e ao necessário protagonismo do Estado para sua efetivação; democratização, referente à incorporação de instrumentos de participação popular, de soluções consensuais e de integração de movimentos sociais; e, por fim, convencionalização, relativo aos impactos da governança multinível e da internacionalização dos direitos humanos.

No segundo capítulo, propõe-se a examinar como se configuram atualmente as relações entre o ordenamento jurídico interno e o direito internacional dos direitos humanos.

Para tanto, são apresentadas as principais premissas teóricas do monismo e do dualismo partindo dos debates travados entre Triepel e Kelsen no início do século XX. Na sequência, são analisadas as mudanças que desde então permearam a atuação estatal no domínio internacional e que justificam a superação de tais teorias, notadamente no que se refere à evolução do modelo de Estado-nação, à internacionalização dos direitos humanos e ao grau de abertura dos ordenamentos constitucionais. Após, é realizado um breve compilado das principais teorias pluralistas de intersecção entre o direito constitucional e o direito internacional, com o fim de se delinear um ponto de partida para a coexistência harmônica entre as ordens estatais e internacionais na tutela multinível dos direitos humanos, notadamente a partir de uma concepção pluralista Constituição Brasileira de 1988.

Já no terceiro capítulo, pretende-se averiguar a origem do controle de convencionalidade como instrumento de diálogo e prevenção de responsabilização internacional na jurisprudência da Corte IDH. Assim, após tecer breves considerações sobre a estrutura do SIDH, são identificados, nos precedentes interamericanos, o surgimento da técnica do controle de convencionalidade, a definição dos atores legitimados a utilizá-la e os avanços jurisprudenciais operados quanto à compreensão dos efeitos do dito controle quando exercido de forma concentrada pelo tribunal regional.

Por fim, no quarto e último capítulo, objetiva-se analisar a possibilidade do emprego da técnica do controle de convencionalidade pela Administração Pública brasileira. Com esse propósito, são traçados os fundamentos jurídicos que respaldam a execução do aludido controle, sob a perspectiva do direito interno e do direito internacional dos direitos humanos. Ademais, são apontadas as diretrizes para sua realização: finalidade, critério, formas de exercício, paradigma, alcance, procedimentos e efeitos, além das particularidades da modalidade administrativa, quais sejam, a importância da participação da Advocacia Pública e a possibilidade de “controle do controle”, a ser empreendido de modo superveniente pelo Poder Judiciário. Definido esse panorama, são examinadas as prováveis críticas que podem surgir sobre o tema no âmbito da engenharia institucional brasileira, bem como alguns exemplos de parâmetros interamericanos de proteção de direitos humanos que devem ser incorporados pelo controle na esfera administrativa.

A pesquisa adota o método dedutivo, partindo de premissas gerais para os argumentos particulares e respectivas conclusões. Quanto aos fins, é realizada de forma descritiva e exploratória, com enfoque dogmático do Direito. Quanto aos meios, é bibliográfica, documental e de caráter qualitativo, desenvolvida mediante o levantamento de livros, artigos científicos, dissertações e teses, bem como baseada na análise da Constituição da República de 1988, dos

tratados internacionais – sobretudo no âmbito do SIDH – e da jurisprudência internacional sobre direitos humanos.

No que tange à revisão da jurisprudência internacional, o trabalho toma por universo os pronunciamentos exarados pelas cortes regionais de direitos humanos, em especial pela Corte IDH, e por amostra útil os casos nos quais foram discutidos diretamente os temas que constituem objeto da investigação.

Especificamente quanto aos parâmetros examinados na Seção 5.4, houve a busca por precedentes que guardassem relação com temas tradicionais do Direito Administrativo, tais como: organização administrativa, exercício de poderes administrativos, prestação de serviços públicos, regulação e processo administrativo. O levantamento foi realizado a partir do banco de dados de sentenças e resoluções disponível no sítio eletrônico da Corte IDH, da ferramenta virtual “Digesto Themis”, dos cadernos de jurisprudência temática publicados pela presidência do tribunal regional e de indicações contidas nas referências bibliográficas do presente trabalho. Por sua vez, a técnica utilizada para o tratamento dos dados foi a análise de conteúdo, identificando-se os elementos centrais dos pronunciamentos que contribuíam para a resolução dos problemas principal e secundários da pesquisa.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Ao longo do tempo, a organização da atividade administrativa sofreu inúmeras transformações por processos ora denominados de constitucionalização, socialização, democratização e, mais recentemente, convencionalização. Todos esses processos permitiram que novos sujeitos, dogmas e institutos fossem agregados às engrenagens da máquina administrativa para uma melhor canalização dos direitos humanos fundamentais¹.

Pode-se dizer que, modernamente, a Administração Pública consubstancia uma interface entre o Estado e a sociedade, sendo a sua principal função conferir respostas às demandas sociais. Diante disso, observa-se a ascensão de novas bases dogmáticas e parâmetros exegéticos no Direito Administrativo, destacando-se a interpretação sempre a favor dos direitos humanos fundamentais. Ao mesmo tempo, reconhece-se que a realização desses direitos deve ocorrer não só na tradicional categoria dos serviços públicos, mas também por meio de ações administrativas relacionadas ao poder de polícia, à intervenção na economia, à regulação e ao fomento (OLIVEIRA, 2008).

Aragão (2002) pondera que a Administração Pública é o *locus* por excelência de concretização dos fenômenos juspolíticos. Dessa forma, seguindo o avanço da pluralidade e da complexidade da sociedade, o aparato administrativo assume, atualmente, uma natureza plurifórmica e pluricêntrica, como resultado da passagem do Estado burguês tipicamente monoclássista, voltado exclusivamente à satisfação dos interesses de uma elite privilegiada, para o Estado pluriclasse contemporâneo, que se caracteriza pelo sufrágio universal, acesso democrático aos cargos públicos, desenvolvimento de sindicatos e entidades representativas e prestações estatais positivas.

O Direito Público e, principalmente, o Direito Administrativo, só podem ser compreendidos a partir da análise da sociedade em que são projetados. Isso porque as

¹ Quando emprega o termo “direitos humanos fundamentais”, o presente trabalho tem o propósito inclusivo de não distinguir a importância e o regime de proteção entre os direitos reconhecidos na esfera internacional (“humanos”) e aqueles positivados no plano jurídico doméstico (“fundamentais”). Parte-se do pressuposto de que a distinção intransigente entre tais categorias não contribui com a análise do fenômeno da proteção multinível desses direitos, que constitui o pano de fundo da pesquisa. Para justificar tal opção, são adotadas as seguintes premissas: (i) ambas as categorias convergem para o mesmo fim (a prevenção do sofrimento e a salvaguarda da dignidade humana) e não devem ser encaradas sob uma lógica “monista insular” (FACHIN; GONÇALVES, 2016); (ii) a proteção dos direitos, atualmente, não encontra uma linha clara entre o nacional e o internacional (BORGES; PIOVESAN, 2019); e (iii) a relação entre o ordenamento jurídico interno e o direito internacional deve se basear em uma perspectiva substancialista – e não hierárquico-formal – dos direitos, diante da valorização do princípio *pro persona* (CONCI, 2014). O assunto será desenvolvido no Capítulo 3, que trata do “Estado Constitucional Convencionalizado”.

instituições jurídicas se vinculam intimamente às relações dinâmicas entre Estado e sociedade, as quais são alteradas de acordo com as circunstâncias ideológicas, políticas, sociais e econômicas de cada momento histórico (GROTTI, 2002).

A ideia de serviço público, tradicional no campo administrativo, ilustra bem esse processo de constante adaptação. De fato, o serviço público inicialmente foi concebido como um conceito sociopolítico, a partir da transposição liberal do “serviço ao Rei” para o modelo de separação entre Estado e sociedade que surgiu com a Revolução Francesa. Por conseguinte, após um longo período de postura abstencionista que predominou no século XIX, com inibição no âmbito econômico e social, o Estado se viu obrigado, posteriormente, a assumir tarefas executadas pela sociedade civil, o que ensejou a atual compreensão de serviços públicos assistenciais e sociais, que instrumentalizam os direitos fundamentais (GROTTI, 2002).

Outro exemplo interessante se refere à compreensão do interesse público – que, de uma perspectiva de unicidade e homogeneidade, passou à concreta existência de múltiplos interesses heterogêneos, cuja delimitação deixou de ser monopolizada pela Administração Pública e passou a ser compartilhada com uma sociedade marcada por diversas visões de mundo, que indicam ao Estado a política a ser desenvolvida e uma ordem de prioridades (MEDAUAR, 2017).

Enfim, sabe-se que as estruturas dos ordenamentos jurídico-administrativos acompanham as feições assumidas pelos Estados em que são forjados, de modo que o Direito Administrativo “tem passado por constantes mudanças, em um contínuo processo de transformações, marcado por idas e vindas, a depender da organização política que estiver sob exame” (HACHEM, 2013, p. 341).

Nesse contexto, objetiva-se, neste capítulo, examinar as transformações que incidiram sobre a atividade administrativa nas últimas décadas e que contribuíram para a maior aproximação entre a Administração Pública e os direitos humanos fundamentais.

Para tanto, são analisadas as implicações do movimento do constitucionalismo sobre as bases do Direito Administrativo, a transição do modelo de Administração Pública do Estado Liberal para o Estado Social, as mudanças decorrentes da democratização da gestão pública e, finalmente, os impactos produzidos pela governança multinível e internacionalização dos direitos humanos sobre a atuação do Estado-Administrador.

Adverte-se, desde logo, que no decorrer do presente trabalho o emprego do vocábulo “Administração Pública” se dá em sua concepção subjetiva, formal ou orgânica, com sentido estrito, para designar os entes que exercem a atividade administrativa; isto é, as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte

a atividade estatal: a função administrativa, sem compreender os órgãos de governo (DI PIETRO, 2020).

Adverte-se, ainda, que apesar das referências a distintos modelos de Estado, ideologias políticas dominantes e constituições de momentos históricos específicos, a intenção deste capítulo não é realizar uma abordagem histórica ou cronológica, tampouco sustentar a ocorrência de uma evolução lógica, linear e acabada no campo do Direito Administrativo.

Com efeito, não se ignora que alguns dos processos a seguir retratados se desenvolveram – e ainda se desenvolvem – de modo interpenetrado, com maior ou menor intensidade a depender do arranjo político de determinado Estado e sofrem, constantemente, sucessivos reveses por parte de forças políticas de ocasião e de decisões administrativas equivocadas.

Assim, pretende-se apenas identificar, na perspectiva do dever-ser, as tendências sociojurídicas que resultaram na idealização de um modelo de Administração Pública verdadeiramente comprometido com a salvaguarda dos direitos humanos fundamentais, o qual encontra respaldo na Constituição da República de 1988.

2.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: A RESSIGNIFICAÇÃO DE DOGMAS E CATEGORIAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO EM DEFERÊNCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme explica Binenbojm (2005), a suposta origem liberal e garantística do Direito Administrativo, baseada na submissão do Estado à lei e aos direitos individuais, corresponde a uma falácia. A ideia, concebida na Revolução Francesa, de que a Administração Pública deveria se orientar por normas diferentes daquelas que regulavam a atividade jurídico-privada e de que haveria a necessidade de uma jurisdição administrativa paralela pelo Conselho de Estado se opõe aos dois pressupostos do contemporâneo Estado de Direito: a legalidade e a separação de poderes.

O modelo administrativo francês, no qual o Poder Executivo legislava e julgava para si mesmo sem se sujeitar ao controle dos demais Poderes, embora nascido no contexto de superação histórica do Antigo Regime, serviu na verdade para a preservação daquela mesma lógica autoritária de poder e não para a promoção das conquistas liberais e democráticas (BINENBOJM, 2005).

Assim é que:

as categorias básicas do direito administrativo, como a de discricionariedade e sua insindicabilidade perante os órgãos contenciosos, supremacia do interesse público e prerrogativas jurídicas da Administração, são tributárias deste pecado original consistente no estigma da suspeita de parcialidade de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio, e que ainda se arroga o poder de dirimir em caráter definitivo, e em causa própria, seus litígios com os administrados. Na melhor tradição absolutista, para além de propriamente administrar, os donos do poder criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade (BINENBOJM, 2005, p. 31).

Na importação desse modelo para a realidade brasileira, numa dinâmica intensificada pela colonização de exploração e pelo patrimonialismo, foram estabelecidos três paradigmas clássicos no âmbito do Direito Administrativo: (i) o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que legitimou um conjunto de privilégios à Administração Pública; (ii) a legalidade administrativa como submissão à lei em sentido formal; e (iii) a insindicabilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário (BINENBOJM, 2005).

Nota-se, portanto, que o Direito Administrativo se desenvolveu mediante uma lógica de autoridade em detrimento da liberdade, sendo seus dogmas tradicionais elaborados sem qualquer consideração aos direitos fundamentais. Apenas recentemente tal estado de coisas passou a ser questionado, na tentativa de harmonização da atuação estatal com as diretrizes traçadas pelo legislador constituinte (BINENBOJM, 2014).

Sobre esse último aspecto, ressalta-se que a Constituição foi compreendida, durante muitos anos, como um documento político, que representava mera diretriz programática para os Poderes Públicos. Foi somente na segunda metade do século XX que essa percepção se alterou, sendo reconhecida a natureza vinculativa e obrigatória das normas constitucionais, cuja inobservância passou a ensejar o deflagramento de mecanismos próprios de coação e cumprimento forçado (BARROSO, 2005).

O reconhecimento da força normativa da Constituição surgiu diante da decadência do positivismo jurídico, cuja premissa de afastamento entre o Direito e a Moral permitiu a ascensão do totalitarismo² na Europa. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a noção de um “ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido” (BARROSO, 2001, p. 23).

² Em diálogo com o pensamento arendtiano, Lafer (2001) aduz que o totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos, diferenciando-se da autocracia, da tirania e do despotismo. Isso porque seu objetivo seria “eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade – a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana. Gera, para alcançar este objetivo, o isolamento destrutivo da possibilidade de uma vida pública – que requer a ação conjunta com outros homens – e a desolação, que impede a vida privada” (p. 117). Nesse cenário, o positivismo fez com que a redução do Direito à lei significasse, no regime nazista alemão, “uma redução do Direito a Hitler” (p. 178).

Sendo assim, no processo de reconstitucionalização pós-guerra, houve um amplo desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário sobre o caráter imperativo do texto constitucional, que no Brasil se consolidou sob a égide da Constituição de 1988. Ademais, observou-se um fortalecimento da jurisdição constitucional e a consagração de uma nova hermenêutica jurídica (BARROSO, 2005).

Diante desse panorama, operou-se a constitucionalização do direito, que envolveu dois fenômenos distintos: a constitucionalização-inclusão, a qual corresponde à ampliação das matérias tratadas pela Constituição; e a constitucionalização-releitura, relacionada à impregnação dos valores constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico, que demanda uma filtragem dos conceitos e institutos dos mais variados ramos sob a ótica constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016). Tal “filtragem constitucional” pressupõe a proeminência normativa da Constituição, enquanto sistema aberto de regras e princípios – que, em diálogo com a realidade social, permite a evolução da ordem jurídica sem a necessidade de reformas legislativas destinadas a alterar o texto das normas (SCHIER, 2005).³

Uma das ferramentas da constitucionalização do direito é a interpretação conforme à Constituição, que se apresenta como princípio corolário da supremacia constitucional e impõe ao intérprete o dever de excluir, desde logo, as exegeses incompatíveis com o texto constitucional. Esse instrumento deve ser aplicado não só pelo Poder Judiciário, mas por todas as autoridades públicas, sempre que lhes incumbir a tarefa de aplicar normas jurídicas (BINENBOJM, 2014).

No que se refere especificamente à constitucionalização do Direito Administrativo, foram produzidas três grandes mudanças: (i) a Constituição, e não mais a lei, passou a orientar

³ Importante atentar que as reflexões de Barroso (2005), Schier (2005) e Souza Neto e Sarmento (2016) sobre a força normativa da Constituição, o emprego da técnica da filtragem constitucional e a consolidação de uma “nova hermenêutica jurídica” se inserem dentro do marco teórico do que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo”. O termo originariamente foi utilizado por Pozzolo (1998) para defender a distinção entre interpretação constitucional e outras modalidades de interpretação de direito, com base em algumas premissas compartilhadas por diferentes jusfilósofos e que ensejariam algumas formulações: (i) o papel de destaque dos princípios na interpretação e argumentação jurídica pelos juízes; (ii) o reconhecimento da ponderação como técnica para sopesar e delimitar uma ordem hierárquica axiológica entre os princípios incidentes na hipótese examinada; (iii) a subordinação do ordenamento jurídico ao texto constitucional; e (iv) a defesa da interpretação criativa dos juízes para materialização da Constituição. Não obstante a tentativa do “neoconstitucionalismo” em explicar e fortalecer os textos constitucionais que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, o presente trabalho não acolhe integralmente o referido marco teórico. Como destacado por Pastor e Dalmau (2019), a proposta do “neoconstitucionalismo” – ou melhor, dos “neoconstitucionalismos” – é suscetível de várias críticas, tais como a falta de coerência e sistematização de suas denominações, princípios e limites analíticos e a ocultação de uma teoria do poder por ela promovida. Quanto ao último aspecto, os autores asseveram que “o neoconstitucionalismo se apresenta não mais como uma teoria do direito, mas como uma teoria do poder: a preponderância do poder elitista da função judicial frente ao poder democrático da função legislativa, por meio da decisão sobre o significado de uma norma constitucional, cujo conteúdo se traduz como um limitador da função do legislador” (p. 339).

a submissão da atividade administrativa à juridicidade; (ii) a discricionariedade deixou de ser um espaço de livre escolha do administrador, passando a ser preenchida por preceitos prescritos pela Constituição para viabilizar a legitimidade da decisão administrativa; e (iii) a definição do que é interesse público deixou de estar ao livre arbítrio do administrador, passando a depender da ponderação entre os valores constitucionais (BINENBOJM, 2005).

O processo de constitucionalização da atividade administrativa representou, pois, um grande avanço para a superação do papel autoritário e imperativo do Estado-Administrador, em deferência aos direitos fundamentais. Isso porque, de acordo com Clève (2003):

Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando (p. 388).

No cenário brasileiro, essa superação se deu mediante uma aproximação entre o Direito Administrativo e o espírito da Constituição de 1988, batizada de “Constituição Cidadã” – a qual, além de regular minuciosamente as funções e diretrizes da Administração Pública, impondo a observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência⁴, marcou a transição da ditadura militar para o regime democrático e, portanto, foi moldada por uma dialética de emancipação e proteção dos indivíduos face às arbitrariedades do Estado.

Sobre o tema, pondera Barroso (2005):

A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública (v. supra), com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência [...] mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais (p. 30-31).

A constitucionalização do Direito Administrativo convolou a legalidade em juridicidade administrativa, na medida em que a lei deixou de ser o fundamento único da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos elementos do sistema de juridicidade instituído pelo legislador constituinte (BINENBOJM, 2014), integrado também por

⁴ O princípio da eficiência foi incluído no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

princípios constitucionais expressos e implícitos e pelos direitos humanos afirmados em tratados internacionais (HACHEM, 2013).

Oportuno observar que, até então, o apego à superioridade da lei formal como limite e fundamento da atividade administrativa, sob uma ótica restritiva do princípio da legalidade, rejeitava a possibilidade de atuação da Administração Pública *praeter legem*. Ou seja, sem previsão expressa de lei formal, não se permitia a atuação administrativa, ainda que voltada à concretização de comandos constitucionais veiculadores de direitos fundamentais (HACHEM, 2013).

Com a superação dessa ideia, passou-se a admitir que a atividade administrativa fosse erigida diretamente das regras ou princípios constitucionais, sem necessidade de mediação legislativa. Além disso, embora a lei tenha permanecido como fundamento básico do ato administrativo, em alguns casos outros princípios constitucionais, incorrendo em juízos de ponderação com a legalidade, passaram a validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal. Também se tornou possível que, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração passasse a atuar autonomamente; e, ainda, que atos ilegais se tornassem válidos diante dos princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação do enriquecimento sem causa (BINENBOJM, 2014).

Quanto à discricionariedade, o mérito do ato administrativo sofreu uma incidência direta dos princípios constitucionais, de tal modo que não é mais possível falar, tecnicamente, na dicotomia entre atos vinculados e atos discionários, mas sim em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. Nessa conjectura de ideias, a ampla liberdade decisória do administrador foi substituída pela ponderação razoável entre os diversos bens e interesses contidos no texto constitucional (BINENBOJM, 2014).

Se a transformação da legalidade estrita em juridicidade outorgou maiores deveres jurídicos à Administração Pública e representou uma maior possibilidade de descumprimento, houve uma exigência de se ampliar a possibilidade do controle judicial da atuação administrativa, de maneira que foi mitigada a clássica concepção de insindicabilidade do mérito administrativo (HACHEM, 2013).

A premissa de supremacia do interesse público⁵ sobre o interesse particular, utilizada para conferir prerrogativas e tratamento diferenciado à Administração Pública, passou a ser

⁵ Gabardo e Hachem (2010) consignam que “O próprio sentido da supremacia do interesse público liberal construído no século XIX com base na autonomia privada apresenta sustentação bastante diversa da supremacia do interesse público como princípio do regime jurídico administrativo típico do Estado de bem-estar social de final de século XX” (p. 175).

uma contradição em termos. Isso se deve ao fato de que o “interesse público”, segundo o sistema de direitos fundamentais da Constituição, compreende a imbricação de interesses privados e coletivos. Desse modo, fazer prevalecer o interesse público nem sempre significará implementar um interesse da sociedade – ou exclusivamente do Poder Público –, podendo, em alguns casos, culminar na preponderância de um interesse eminentemente individual do cidadão. Nesse sentido, admitindo-se a centralidade do sistema de direitos fundamentais, em que coexistem num mesmo plano os direitos individuais e coletivos, e, ainda, diante da estrutura aberta dos princípios constitucionais, tornou-se inaceitável a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual (BINENBOJM, 2005).

Ao diferenciar o interesse público primário, titularizado pela sociedade e traduzido em valores como justiça, segurança e bem-estar social, do interesse público secundário, relacionado ao erário e às pretensões da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), Barroso (2005) sustenta que este último jamais ostentará uma supremacia abstrata sobre o interesse privado.

De outro lado, foi imposto à Administração Pública um dever de ponderar todos os interesses colocados em jogo no caso concreto, mediante a aplicação do princípio – também constitucional – da proporcionalidade, para permitir a satisfação de todos esses interesses na maior extensão possível (BINENBOJM, 2005). Houve a passagem de uma viciosa relação de supremacia para uma virtuosa relação de ponderação, delineando-se uma interação cada vez mais intensa entre o Estado e a sociedade e impedindo-se que “se volte a invocar supremacias téticas ou *raisons d’État* para sobrepor quaisquer interesses aos direitos fundamentais” (MOREIRA NETO, 2003, p. 142).

Assevera Binenbojm (2005) que:

sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que agindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização. De modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve utilizar-se da ponderação para superar as regras de preferência estáticas atuando situativa e estrategicamente com vistas à formulação de certos *standards* de decisão (p. 45).

Nesse processo, ganhou relevo, ainda, o princípio constitucional da isonomia. Assim, para que um privilégio concedido à Administração Pública seja constitucionalmente legítimo, entende-se que ele deverá ser instituído por lei e, além disso, sujeitar-se ao teste da proporcionalidade. Ou seja, a discriminação em desfavor dos particulares deve ser apta a viabilizar o cumprimento dos fins estabelecidos pela Constituição ou norma infraconstitucional,

a extensão da discriminação deve ser estritamente necessária e o sacrifício imposto à isonomia deve ser compensado pela importância da utilidade gerada (BINENBOJM, 2005).

Destarte, o poder de polícia, largamente utilizado pela Administração Pública para a restrição de direitos individuais, só passou a ser justificável para fins de proteção e promoção de outro direito fundamental ou interesse da coletividade, obedecendo-se a todas as ponderações formuladas acima (BINENBOJM, 2005).

Enfim, tendo em vista que a finalidade primordial da Administração Pública é atender às demandas sociais, tornou-se inconcebível o emprego contínuo de seus institutos tradicionais para legitimar uma ampla liberdade decisória do Estado em detrimento dos anseios sociais absorvidos pelo texto constitucional, para admitir omissões do Estado-Administrador diante da morosidade e negligência do processo legislativo e para permitir a concessão de verdadeiros privilégios ao Poder Público em prejuízo da isonomia e dos direitos individuais.

2.2 SOCIALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS E O NECESSÁRIO PROTAGONISMO DO ESTADO PARA SUA EFETIVAÇÃO

No modelo de Estado Liberal que predominou no início do século XIX, a atuação da Administração Pública era limitada exclusivamente à garantia da ordem pública, mediante uma postura absenteísta nas relações interprivadas. Nesse cenário, a atividade administrativa era exercida nas hipóteses estritamente previstas em lei, o que se justificava pela tentativa, à época, de se abandonar práticas arbitrárias oriundas do Estado Absolutista (HACHEM, 2010).

A partir da segunda metade do século XIX, iniciou-se um processo de transformação da Administração Pública, que se intensificou após a Segunda Guerra Mundial. Com a consolidação de uma sociedade pluri-classe e o aumento de demandas no terreno econômico e social, ascendeu, nas democracias ocidentais, a noção de Estado Social de Direito, pautada na ideia de prestação de serviços públicos à população (DI PIETRO, 1993).

É que, sob forte inspiração do movimento socialista, houve o reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social, titularizados não pelo ser humano abstrato, mas por grupos sociais, especialmente as massas operárias, esmagados pela miséria, doença, fome e marginalização. Apesar dos tímidos reconhecimentos na Constituição Francesa de 1848, a plena afirmação desses novos direitos somente ocorreu com a Constituição Mexicana de 1917

e com a Constituição de Weimar de 1919, destacando-se, no Brasil, a Constituição de 1934 (COMPARATO, 2019).

Os direitos econômicos e sociais dependem de atuação proativa do Poder Público, por meio de políticas governamentais nos campos do trabalho, da saúde, da previdência social, da educação e da habitação popular, com o escopo de melhorar a qualidade de vida da população (COMPARATO, 2019). Na clássica teoria geracional proposta por Vasak (1982), que foi estruturada a partir dos três valores fundantes da Revolução Francesa, tais direitos estariam localizados segunda geração⁶. Traduziriam, assim, o ideal de “igualdade”, na medida em que reclamam uma postura intervencionista do Estado para promover a redistribuição e atender às necessidades básicas dos indivíduos.

O Estado nunca se absteve inteiramente de regular as relações econômicas e sociais, porquanto mesmo no período de prevalência do ideal liberal-burguês havia intervenção na economia por meio de instrumentos fiscais e monetários, bem como na prestação de serviços postais e de transporte ferroviário. Porém, a superação do modelo liberal ensejou a assunção do ativismo como atividade central da Administração Pública (BITENCOURT NETO, 2017a).

Diante disso, ganhou forma o princípio da socialidade, que orienta não apenas uma intervenção estatal de caráter assistencial, mas também uma ampla responsabilidade do Estado sobre o funcionamento da economia. Para se adequar a essa nova atmosfera, a Administração Pública cresceu vertiginosamente, na medida em que assumiu novas atribuições e precisou pensar formas distintas de organização (BITENCOURT NETO, 2017a).

Em razão da multiplicidade de novos interesses, a Administração Pública adotou algumas providências sobre as atividades que lhe eram demandadas: (i) parte delas foram assumidas pelo Estado como serviços públicos, se enquadrando na categoria de serviços comerciais, industriais e sociais; (ii) algumas foram deixadas à iniciativa privada, mas continuaram a ser exercidas pelo Estado por intervenção no domínio econômico, por meio de sociedades de economia mista, empresas públicas e empresas sob controle acionário do Estado; e (iii) outras permaneceram na iniciativa privada, mas passaram a ser fomentadas pelo Estado (DI PIETRO, 1993).

⁶ Cançado Trindade (1994) adverte para os riscos e impropriedades da visão atomizada dos direitos humanos em gerações. Em síntese, o autor argumenta que os direitos se acumulam, se sedimentam e interagem entre si, não sendo compatíveis, portanto, com a ideia de uma “sucessão geracional”. Sob a perspectiva histórica, em que pese os direitos sociais, em regra, tenham sido positivados no direito interno dos Estados em momento posterior aos direitos civis e políticos, no plano internacional a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1917, elaborou diversas convenções versando sobre a proteção social do trabalhador assalariado que antecederam os documentos internacionais que consagraram os direitos civis e políticos.

O arquétipo legal-burocrático característico do modelo de Administração Pública do Estado Liberal se tornou, assim, insuficiente diante do alargamento da intervenção estatal. Além disso, a ampliação da máquina administrativa, tida por essencial para corresponder às novas funções do Estado, acabou por gerar um descompasso entre os comportamentos estaticamente fixados nas normas jurídicas e a dinamicidade que se passou a exigir da ação estatal. Daí por que, na segunda metade do século XX, foram iniciadas discussões sobre a necessidade de uma reforma capaz de produzir uma Administração Pública mais eficaz, econômica e preocupada com os interesses dos cidadãos (HACHEM, 2010).

Por seu propósito de otimização e racionalização, a ideia de uma reforma gerencial da Administração Pública foi associada ao neoliberalismo, numa conjuntura de crescente tendência globalizada⁷ de enxugamento das atribuições do Estado e de relegação à iniciativa privada de funções de cunho social (HACHEM, 2013).

Segundo Bandeira de Mello (2009), a pretensa reforma seria promovida pela “globalização neoliberal” e pressuporia a redução do Estado a um papel mínimo, deixando as empresas e o mercado como protagonistas no meio socioeconômico. Para tanto, haveria uma demanda pela total desregulação, o que acarretaria a flexibilização das relações de trabalho, por exemplo. Tais proposições, segundo o autor, seriam pautadas no mais desenfreado “liberalismo” – o qual já teria sido abandonado com a incorporação do Estado Social de Direito.

Por sua vez, Bresser-Pereira (2010) aduz que a reforma gerencial possibilitou, na verdade, a legitimação do Estado Social em resposta às críticas do neoliberalismo. Isso porque o modelo de Estado Social não se sustentaria enquanto a Administração Pública burocrática não demonstrasse eficiência na sua atuação que a tornasse economicamente viável. Em outras palavras, para que fosse possível a oferta de serviços públicos e gratuitos de saúde, educação e previdência social, seria preciso uma atuação estatal não apenas efetiva, mas também eficiente, sob pena de se abrir espaço à hegemonia neoliberal da oferta e consumo privados.

A dita reforma permitiu a otimização da atividade administrativa a partir de quatro modificações: (i) tornou os gerentes de serviços públicos responsáveis por seus resultados; (ii) passou a premiar os servidores por bons resultados e puni-los pelos maus; (iii) transferiu a realização de serviços que envolvem poder de Estado para as agências executivas e reguladoras; e (iv) manteve o consumo coletivo e gratuito, mas transferiu a oferta dos serviços sociais e científicos para organizações sociais, por meio dos chamados contratos de gestão. Por essas

⁷ A tendência neoliberal é exemplo típico do que Santos (1997) denomina de localismo globalizado – uma espécie de globalização hegemônica (de-cima-para-baixo), uma vez que traduz uma proposta de liberalização total do mercado financeiro que é imposta aos países periféricos.

razões, conquanto tenha surgido num momento de expansão da ideologia neoliberal, a proposta de reforma gerencial seria compatível com governos tanto de esquerda como de direita (BRESSER-PEREIRA, 2010).

De toda sorte, no processo de redefinição do papel do Estado, voluntário ou imposto pelas circunstâncias externas, o aparato administrativo foi reestruturado em seu âmbito interno. Nesse sentido, houve a transferência de parte da atividade desempenhada pela Administração Pública para a iniciativa privada, ensejando, por derradeiro, reconfigurações relacionadas ao regime de concessões de serviços públicos, às formas de descentralização e desconcentração de atividades, à elaboração de novo estatuto para os serviços e atividades privatizados e à criação de novos modos de compartilhamento de responsabilidades, genericamente reunidos sob a palavra “parcerias” (BUCCI, 2002).

Hachem (2010) ressalva que a aplicação cega das ferramentas de gestão empresarial da iniciativa privada no âmbito público, ainda que tenha por escopo a otimização e economicidade no atendimento às demandas da população, configura um anacronismo e um empobrecimento da gestão pública, sobretudo em países do terceiro mundo⁸. No caso da América Latina, por exemplo, pretensões de reforma da Administração Pública e a utilização de técnicas da gestão privada somente se justificam quando dirigidas à satisfação das necessidades básicas da população e de seus direitos fundamentais, em todas as suas gerações (HACHEM, 2010).

As alterações provocadas pela reforma gerencial necessitam, outrossim, se adequar ao marco jurídico-constitucional do Estado e ter por foco a pessoa humana e nenhum outro tipo de interesse. Para atingir essa finalidade, o aparato administrativo deve, de um lado, se adaptar a uma realidade econômica que exige redução de gastos voluptuários, mudanças estruturais e racionalização da gestão em prol da eficiência; e, de outro, responder às expectativas populares sem renunciar aos avanços prestacionais do Estado Social, em atendimento às diretrizes constitucionais (HACHEM, 2010).

Bitencourt Neto (2017b) salienta que o reconhecimento de limitações, conjunturais ou estruturais, ao modelo de Administração Pública prestadora característico do Estado Social,

⁸ Apesar de Hachem (2010) fazer referência a países “subdesenvolvidos”, optou-se, no presente trabalho, pelo emprego da expressão “terceiro mundo” sob uma perspectiva crítica. Em análise das *Third World Approaches to International Law* (TWAAIL), Galindo (2013) explica que o uso de tal vocábulo é essencial para organizar e resistir coletivamente a políticas hegemônicas, na medida em que possibilita a ênfase em um segmento de países da Ásia, da África e da América Latina marcados por uma história comum de sujeição e colonialismo e que demandam uma resposta no plano do direito internacional. Assim, “terceiro mundo seria um conjunto de vozes que se misturam, embora nem sempre de maneira harmoniosa, e que pretendem fazer ouvir um conjunto comum de preocupações que possuem uma origem histórica comum e se perpetuam no tempo” (p. 53).

embora possa ter ganhado impulso com pautas liberalizantes, não seria necessariamente uma percepção neoliberal. Por derradeiro, a eficiência pode ser entendida também como decorrência do princípio da socialidade, mormente porque, se a Constituição consagra um Estado Social e se compete à Administração Pública a concretização do bem-estar social, a eficiência é pressuposto para o sucesso da atividade prestacional.

As ditas limitações, associadas à necessidade de uma atuação administrativa conformadora geral da ordem econômica e social, também inauguraram, em dado momento, uma função administrativa mais garantidora ou reguladora do que prestadora. Bitencourt Neto (2017b) afirma que isso não quer dizer que o Estado se eximiu totalmente da responsabilidade em assegurar prestações sociais aos cidadãos, mas apenas que a responsabilidade se configuraria de modo subsidiário, em “estado latente”.

Sem embargo, não se pode perder de vista que, no caso brasileiro, a Constituição da República de 1988, ao se alinhar claramente ao modelo de Estado Social de Direito, pressupõe a presença ativa do Poder Público para garantir o bem-estar dos administrados, especialmente ao contemplar os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades e promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação. Ou seja, foi atribuído ao Estado o encargo de implementar tais objetivos e não à sociedade, que está sujeita ao livre jogo das forças de mercado (BANDEIRA DE MELLO, 2009).

Por essas razões e admitindo que não existe pressuposto jurídico que determine uma atuação estatal subsidiária, Hachem (2013) assinala que ao Estado cabe não apenas o dever de afastar os obstáculos para se alcançar os objetivos fundamentais da República, mas também o múnus de criar condições reais e efetivas para essa consecução. Nesse panorama, reconhece-se uma Administração Pública inclusiva, voltada à inserção social dos cidadãos e à redução das desigualdades existentes na sociedade brasileira.

A ideia da atuação subsidiária do Estado é tradicionalmente associada à tendência de um Direito Administrativo Neoliberal, que limita a responsabilidade do Poder Público na garantia das liberdades dos cidadãos. Torres (2001) sintetiza essa compreensão ao sustentar que a ação estatal não se trataria de uma garantia prévia de felicidade a todos, mas de uma espécie de garantia secundária que corresponderia ao fornecimento de uma “ajuda” aos indivíduos, de modo que estes pudessem alcançar o bem-estar com base em sua própria autonomia.

Gabardo (2019) aponta uma dicotomia entre o Estado Subsidiário e o Estado Social, ambos compatíveis com o sistema econômico capitalista e que direcionam o Direito Administrativo. O primeiro seria caracterizado pela valorização da sociedade civil em

detrimento do Estado, somente admitindo a intervenção deste, tido como um “mal necessário”, nas hipóteses em que o indivíduo não pudesse alcançar um determinado objetivo por si só. Já o segundo reconheceria o Estado como central na vida das pessoas, ante a constatação de que a atuação coletiva é imprescindível para a realização das pretensões individuais.

A despeito de seu viés comunitarista, o Estado Social não rompe com a tradição contratualista liberal. Como explica Gabardo (2019):

O modelo de Estado Social vai se preocupar em dar pressupostos para que todos tenham a condição de ser feliz, mediante meios peculiares e que escapam totalmente aos característicos do Estado subsidiário. Ele vai se preocupar com os perdedores da competição econômica; vai se preocupar se dentro do contexto familiar alguém não está sendo discriminado por sua orientação sexual; vai se preocupar se em determinada empresa alguém não está sofrendo abusos; vai se preocupar com medidas integrativas de *outsiders* ao mesmo tempo que respeita a condição e as opções individuais. Ele adota uma postura proativa em relação ao mercado, pois acredita na ideia da colaboração muito mais que na ideia da competição. O Estado social vai cuidar para reduzir as adversidades sociais e morais – sem, contudo, incidir em qualquer tipo de moralismo ou fundamentalismo (e aqui repousa o claro viés liberal que dá estrutura ao seu conteúdo) (p. 297).

Reforça-se que a Constituição da República de 1988 acolheu o modelo do Estado Social, na medida em que objetiva a redução da desigualdade e, diferentemente do texto constitucional anterior, não condicionou a exploração da atividade econômica em sentido estrito pelo Estado à subsidiariedade. Sendo assim, o atual projeto constitucional orienta uma atuação administrativa voltada ao desenvolvimento humano, o que não significa que o Estado deve exercer esse dever diretamente ou mesmo que sejam inviáveis as parcerias entre Estado, mercado e sociedade civil (GABARDO, 2019).

Ademais, Clève (2011) destaca que

a Constituição Federal em vigor, de alguma maneira, alterou significativamente o quadro dos direitos fundamentais [sociais], especialmente quando em vários dispositivos constitucionais, mais especialmente no art. 6º, os nominou, reportando-se ao direito à (proteção da) saúde, ao direito ao lazer, ao direito à moradia (incluído no rol por força da EC nº 26/2000), ao direito à educação, à previdência, entre outros. A Constituição Federal de 1988 adotou, do ponto de vista de técnica legislativa, uma metodologia distinta com relação à matéria. Ninguém desconhece que, no Brasil, outros textos constitucionais já dispuseram, de maneira fragmentada, a propósito deste tema. Ocorre que se insere um dispositivo contemplando esses direitos como verdadeiros direitos fundamentais, introduzindo-o, portanto, no título adequado. Não são, pois, meras normas-programa residentes em outro capítulo constitucional (p. 97).

Essa nova configuração impõe que os direitos fundamentais sociais sejam compreendidos por uma dogmática constitucional emancipatória e comprometida com a dignidade da pessoa humana – isto é, mediante uma formação discursiva que procure demonstrar a radicalidade do constituinte e fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir

para a mudança da realidade social. O foco desta dogmática “não é o Estado, mas, antes, a pessoa humana exigente do bem-estar físico, moral e psíquico” (CLÈVE, 2011, p. 96-97).

Adiciona-se a isso o fato de que não há qualquer princípio jurídico que respalde uma ação estatal subsidiária na proteção dos direitos sociais e econômicos: ao revés, o legislador constituinte estabeleceu uma competência própria e direta do Estado nos campos da seguridade social, saúde, assistência social e educação, cabendo à sociedade um papel complementar (GABARDO, 2009).

De toda forma, independentemente das controvérsias relacionadas às recentes reformas gerenciais, fato é que a grande abrangência da nova estrutura administrativa reclamou, para sua própria subsistência, alguns mecanismos de racionalização e otimização das tarefas desenvolvidas, contando com o compartilhamento de responsabilidades, em maior ou menor grau, com os particulares, bem assim com instrumentos antes utilizados apenas pela iniciativa privada.

Entretanto, a moldura do Estado Social de Direito, que envolveu a Constituição Brasileira de 1988 entre tantas outras cartas políticas, não admite iniciativas e projetos tendentes a desonerar a Administração Pública contemporânea de seu dever de efetivação dos direitos econômicos e sociais.⁹ A invocação da eficiência e o emprego de uma função meramente reguladora ou garantidora, em tempos modernos, não pode subverter a lógica da responsabilidade solidária estatal, que é primária e progressiva.

2.3 DEMOCRATIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: A PARTICIPAÇÃO ATIVA POPULAR, AS SOLUÇÕES CONSENSUAIS E A RELAÇÃO INTEGRADORA COM OS MOVIMENTOS SOCIAIS

Intrinsecamente relacionada ao processo de constitucionalização, a democratização da atividade administrativa se tornou peça-chave para assegurar a reaproximação entre o aparato estatal burocrático e a sociedade contemporânea multifacetada e dinâmica. Por derradeiro,

⁹ Como assinalado no início do presente capítulo, não se ignoram os potenciais retrocessos que podem ocorrer nos processos – ainda em fase de desenvolvimento – de transformação da Administração Pública ora retratados. No cenário brasileiro, por exemplo, destaca-se a Emenda Constitucional nº 95/2016, que implementou um teto de gastos públicos ao Governo Federal e representou uma ofensiva conservadora de retirada de direitos sociais. A referida emenda, fruto das articulações de um governo provisório – de legitimidade questionável e cujo projeto político não fora vencedor nas eleições – teve como alvo prioritário o projeto constituinte de 1988, o qual foi pautado na premissa de intervenção do Estado para a redução das desigualdades, e passou a impedir, nesse sentido, os investimentos necessários à manutenção e expansão dos serviços públicos de natureza social (MARIANO, 2017).

foram concebidas diversas plataformas de participação popular na Administração Pública, ao mesmo tempo em que os órgãos unitários e centralizados passaram a ser gradativamente transformados em componentes plurais e a cultura do litígio passou a ser substituída por soluções pautadas no consenso.

O Estado Democrático compreende um sistema político baseado em princípios de liberdade e igualdade, cuja condução da vida social é tomada pelo conjunto de seus membros, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos (BANDEIRA DE MELLO, 1998).

Malgrado muitos Estados sejam formalmente democráticos, isto é, contemplem governantes investidos para mandatos temporários, consagrem uma distinção entre as funções legislativa, executiva e judicial e acolham, em tese, os princípios da legalidade e independência jurisdicional, percebe-se que grande parte carece das condições objetivas necessárias para alcançar a democracia no plano concreto, sucumbindo às forças sociais dominantes que controlam e manipulam seu arcabouço institucional (BANDEIRA DE MELLO, 1998).

Nas sociedades capitalistas ocidentais, foi consolidada uma concepção hegemônica de democracia liberal representativa para atender aos interesses do mercado, que conjugou duas vias: a prioridade conferida à acumulação de capital em detrimento da redistribuição social e a limitação da participação cidadã, nos campos individual e coletivo, com o escopo de não sobrecarregar o regime democrático com demandas sociais que ameçassem a prioridade da acumulação (SANTOS, 2002b).

Tal concepção foi importada automaticamente pelos países do terceiro mundo. Com efeito, ao tratar da relação entre o neocolonialismo e o Direito Administrativo brasileiro, Bandeira de Mello (2009) assevera que nem mesmo a independência foi capaz de conferir a libertação das ideias econômicas, políticas e jurídicas impostas pela Metrópole e pelas nações tidas por “desenvolvidas”, destacando que “o subdesenvolvido”¹⁰ só se reconhece por meio do olhar do desenvolvido, o qual lhe serve de paradigma de avaliação de si próprio e lhe dá os critérios de aprovação ou reprovação” (p. 2).

Gargarella (2013) aponta que, mesmo no contexto do constitucionalismo social latino-americano, que ganhou forma entre 1910 e 1950, foram verificadas reformas constitucionais que não puderam – ou não quiseram – ir longe demais na busca pela efetivação de seus projetos de transformação e inclusão social, na medida em que preservaram a organização de poder

¹⁰ Apesar do termo utilizado por Bandeira de Mello (2009), entende-se que a expressão “país de terceiro mundo” melhor representa o histórico em comum dos países da Ásia, África e América Latina, marcado pelo colonialismo e pela exploração, em consonância com as reflexões de Galindo (2013) sobre as *Third World Approaches to International Law* (TWAIL).

desenhada pelas velhas e elitistas sociedades do século XIX. De fato, as reformas, ao que parece, concentraram suas energias na reformulação da seção dos direitos, sem levar em conta os impactos que a organização de poder exerce sobre aqueles mesmos direitos. Em outras palavras, mantiveram fechadas as portas da “sala de máquinas” (“*engine room*”) das constituições, pois, apesar de reconhecerem compromissos sociais e democráticos nas seções de direitos, ao mesmo tempo rejeitaram esses mesmos ideais por meio da tradicional organização política vertical.

Por essa razão, o autor sustenta que

The idea is that a serious commitment to popular participation requires a direct and special attention to the existing distribution of powers, as defined in the organic part of the Constitution. It seems necessary, then, for those who are sincerely committed to the promotion of changes favorable to popular political participation and social inclusion, (...) to pay particular attention to what is done and what is not done in relation to the organic section of the Constitution (GARGARELLA, 2013, p. 184).¹¹

Nessa quadra, torna-se necessário repensar um projeto social e político que tenha por protagonismo não mais o Estado-nacional e o mercado financeiro, mas sim a sociedade como um espaço comunitário de pluralidade democrática, comprometido com a alteridade e a diversidade cultural. Trata-se de contruir uma cultura jurídica fundada nos valores do poder da comunidade (WOLKMER, 2006).

Wolkmer (2001) sustenta, como condição para um novo pluralismo de dimensão política e jurídica, a construção de um espaço público descentralizado e participativo. Para tanto, ele defende o exercício da cidadania aliado ao desenvolvimento de uma democracia participativa de base, tendo por meta a descentralização administrativa, o controle comunitário do poder e dos recursos, o exercício de mecanismos de cogestão e autogestão e práticas de conselhos ou juntas consultivas, deliberativas e executivas.

Por sua vez, Santos (2002b) defende um modelo de democracia participativa baseado nas seguintes teses: (i) o fortalecimento da demodiversidade, levando em conta que o multiculturalismo não aceita um único modelo de democracia possível; (ii) a passagem do contra-hegemônico do plano local para o global; e (iii) a ampliação do experimentalismo democrático, mediante a pluralização cultural, racial e distributiva da democracia.

¹¹ A ideia é que um compromisso sério com a participação popular requer uma atenção direta e especial à distribuição de poderes existente, definida na parte orgânica da Constituição. Parece imprescindível, portanto, para aqueles que estão honestamente comprometidos com a promoção de mudanças favoráveis à participação política popular e à inclusão social, (...) dar uma atenção particular ao que se faz e o que não se faz em relação à seção orgânica da Constituição (tradução livre).

A relação entre democracia participativa e democracia representativa, nesse sentido, deve ser definida pela coexistência, isto é, pela convivência, em diversos níveis, das múltiplas formas de procedimentalismo, organização administrativa e variação de desenho institucional, bem como pela complementariedade, que pressupõe o reconhecimento, pelo Estado, de que o “procedimentalismo participativo, as formas públicas de monitoramento dos governos e os processos de deliberação pública podem substituir parte do processo de representação e deliberação tais como concebidos no modelo hegemônico” (SANTOS, 2002b, p. 76).

Nino (1997) propõe, de modo mais amplo, um modelo de “democracia deliberativa”, que teria a capacidade de transformar o interesse e a preferência das pessoas e que encontraria no diálogo um mecanismo para converter as “preferências autointeressadas” em preferências imparciais. Para tanto, o autor aponta algumas condições do processo de discussão coletiva: que todas as partes interessadas participem da discussão; que a participação ocorra com base na igualdade e sem qualquer coerção; que todos possam expressar seus interesses e justificá-los com argumentos genuínos; que o grupo envolvido tenha uma extensão apropriada para maximizar a probabilidade de um resultado adequado; que não haja a exclusão de minorias; que a composição de maiorias e minorias varie a depender das matérias em jogo; e que os indivíduos inseridos no processo não se encontrem sujeitos a emoções extremas.

A Constituição da República de 1988 inaugurou um terreno fértil para oportunizar essas novas dinâmicas de participação social. Já em seu artigo 1º, proclamou o Estado Democrático de Direito, tendo por fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Por sua vez, o parágrafo único reproduziu a clássica fórmula de que todo poder emana do povo.

Mas não foi só isso. O legislador constituinte teve o cuidado de direcionar a participação da sociedade no planejamento municipal (artigo 29, XII), na seguridade social (artigo 194, VII), na saúde (artigo 198, III), na assistência social (artigo 204, II), na gestão do ensino público (artigo 206, VI) e na proteção do patrimônio cultural (artigo 216, § 1º).

Fácil constatar que o projeto democrático arquitetado pela Constituição de 1988 não se contentou com a possibilidade de escolha de representantes, por meio do exercício do direito de voto. Ele reclama a democratização efetiva da esfera pública como pressuposto para legitimidade das ações dos agentes públicos, de forma que, ao lado dos institutos de democracia representativa e direta, ganhou destaque a democracia participativa na definição do destino do país (HACHEM; PIVETTA, 2011).

Assim, no Estado Democrático de Direito, a presença dos cidadãos, das forças sociais e dos interesses coletivos no interior da Administração Pública passa a constituir uma tendência

atual, marcada pela reaproximação entre Estado e sociedade e pelo pluralismo. Nesse novo ambiente, há uma superação da dualidade radical entre Administração e administrado e a consequente redução da oposição entre autoridade e liberdade. Os cidadãos não aceitam mais a condição de sujeitos passivos, observando-se uma “vontade geral de ‘tomar a palavra’ ante a burocratização maciça das grandes organizações estatais” (MEDAUAR, 2017, p. 295).

Medauar (2017) pondera que o burocratismo governamental foi sucedido pela simplificação, descentralização e incentivo à colaboração e à participação, numa perspectiva que privilegia os administrados. Por conseguinte, o paradigma da centralização e do monolitismo de centros de poder cedeu lugar ao pluralismo, caracterizado pela multiplicidade dos grupos, das interações indivíduo-sociedade e dos interesses envolvidos.

De igual modo, observou-se a democratização dos componentes internos da Administração Pública. Canotilho (2003) elenca três premissas para tanto: a substituição de espaços de deliberação autoritários por órgãos coletivos ou colegiais, a votação para eleger os ocupantes de cargos de direção individual e a promoção da transparência na condução dos processos administrativos.

Considerando que a efetivação dos direitos fundamentais ocorre por meio da ação administrativa, é apenas lógico que os agentes, órgãos e entidades administrativos atuem o mais próximo possível dos anseios dos indivíduos e da sociedade. A fim de atingir esse objetivo, afigura-se imprescindível a disponibilização de canais participativos aos cidadãos para se produzir soluções concertadas e possibilitar a concretização da dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, 2008).

A participação popular na Administração Pública, em consequência, não mais se dá apenas por delegação do poder público ou colaboração em atividade paralela, mas é exercida diretamente na gestão e controle da função administrativa, o que diminui ainda mais as barreiras entre Estado e sociedade (DI PIETRO, 1993).

Ademais, com a finalidade de alcançar um melhor conteúdo e eficácia das decisões que impactam a população, cabe à Administração Pública viabilizar a chamada participação procedimental. Em síntese, esta consiste em inserir o cidadão no procedimento conduzido pelos agentes públicos para a tomada de decisões, o que amplia a possibilidade de se colher informações úteis e produzir resultados satisfatórios (OLIVEIRA, 2005).

A mencionada inclusão pode ocorrer: (i) na fase instrutória, por meio de consulta aos interessados que, salvo disposição legal em contrário, não possui caráter vinculativo; (ii) na fase decisória, mediante deliberação coletiva de natureza vinculante, o que pode ocorrer pela instituição de audiência pública por meio de lei; e (iii) na fase de execução, cuja participação é

cooptativa e se limita à aceitação de propostas ou sugestões que importem modificações meramente secundárias na atuação administrativa (OLIVEIRA, 2005).

Na compreensão de Oliveira (2008), a participação administrativa define-se como a “intervenção individual ou coletiva dos cidadãos na gestão dos órgãos e entidades que integram a administração pública, com reflexos no conteúdo das decisões deles emanadas” (p. 92). Dela podem ser extraídos alguns efeitos positivos, como o aumento da publicidade e transparência na condução dos assuntos coletivos, uma expansão da informação e conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos administrativos e a criação de espaços de efetiva negociação, em que as decisões são tomadas sob a perspectiva da harmonização dos interesses envolvidos e da reciprocidade de concessões.

Tal processo de democratização da atividade administrativa precisa se atentar, especialmente, para a inclusão e reconhecimento de minorias, tradicionalmente excluídas dos espaços decisórios. Iniciativas de âmbito local devem ser privilegiadas no atual contexto de multiculturalidade urbana, eis que “a cidade é o local dos homens e de suas culturas [...] é, por excelência, o local da democracia: nela os processos democráticos, ou sua ausência, se tornam palpáveis, sensíveis, escapando à mera discussão teórico-acadêmica, tornando-se viva” (SANTOS; SANTOS; BOHN EDLER, 2016, p. 192). Dessa forma, o poder local traduz uma “força social organizada como forma de participação da população, na direção do que tem sido denominado *empowerment* ou empoderamento da comunidade, isto é, a capacidade de gerar processos de desenvolvimento auto-sustentável com a mediação de agentes externos” (GOHN, 2001, p. 34).

A Administração Pública democratizada se converte, então, em atmosfera propícia para o desenvolvimento de uma relação integradora com os movimentos sociais¹² e vocacionada ao atendimento de suas pautas emancipatórias em prol da salvaguarda dos direitos humanos fundamentais.

Para Doimo (1995), os movimentos sociais exercem uma sociabilidade cambiante na relação com o Estado, em duas perspectivas distintas: a expressivo-disruptiva, pautada em apelos ético-políticos que pretendem deslegitimar a autoridade pública e estabelecer fronteiras

¹² Gohn (2015) define os movimentos sociais como “ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam distintas formas da população a se organizar e expressar suas demandas” (p. 13). Por outro lado, Silva e David (2017) advertem que nem toda articulação de massa deve ser compreendida como um movimento social, na medida em que há movimentos reacionários dissociados da noção de necessidades fundamentais. Além disso, afirmam que a prática política cotidiana importa em uma solidificação do movimento social, cujos integrantes são vinculados por princípios valorativos comuns, com base em suas ideologias contra-hegemônicas.

intergrupos; e a integrativo-corporativa, por meio da qual buscam conquistar maiores níveis de integração social pelo acesso a bens e serviços.

Por conseguinte, a separação dicotômica entre sociedade e Estado necessita ser substituída por uma visão que considere a influência mútua entre ambos os domínios, notadamente em contextos democráticos de atuação dos atores coletivos na esfera governamental. Quando integram as estruturas do Estado, esses atores podem desenvolver interações cooperativas e de colaboração recíproca com o poder estatal, bem como relações conflitivas e contestatórias (CARLOS, 2015).

Ao tratar da construção de um espaço público participativo como condição para o pluralismo jurídico, Wolkmer (2001) menciona expressamente a atividade administrativa, fazendo referência à necessidade de participação do povo através do planejamento, da consulta à comunidade sobre projetos orçamentários, da representação em órgãos consultivos, da direção de entidades descentralizadas e de um poder de controle desempenhado pela população. O autor destaca, sobre o tema, o “sistema de conselhos”, que proporciona a tomada de decisões e o controle popular, adicionando que “é vital que a participação advenha de um processo permanente de interação entre os sujeitos coletivos de juridicidade e o poder legitimamente instituído” (WOLKMER, 2001, p. 254).

Ao aderirem a tal processo, os movimentos sociais podem contribuir com o controle e direcionamento da atividade administrativa na satisfação de seus interesses, de modo a conectar suas práticas autônomas de reconhecimento de identidades e direitos ao aparato do Estado-Administrador. Na colaboração com o Estado, esses movimentos não buscam apenas sua inserção e a utilização das oportunidades institucionalmente oferecidas, mas tendem, para além disso, a propor inovações com o objetivo de favorecer a promoção de seus interesses e projetos. Para tanto, se mobilizam em estratégias de confronto e cooperação, extrainstitucionais e institucionais (TATAGIBA; ABERS; SILVA, 2018).

Um emblemático procedimento da participação dos mencionados atores coletivos na atividade administrativa refere-se ao orçamento participativo, que compreende um mecanismo de gestão conjunta de recursos públicos, o qual se concretiza por meio de decisões compartilhadas sobre a distribuição dos fundos orçamentários e da responsabilização administrativa pela efetiva implementação de tais decisões. Em síntese, busca-se “romper com a tradição autoritária e patrimonialista das políticas públicas, recorrendo à participação direta da população em diferentes fases da preparação e da implementação orçamentária” (SANTOS, 2002a, p. 466).

O modelo de orçamento participativo contempla a possibilidade de participação de todos os cidadãos, organizada mediante uma combinação de regras de democracia direta e democracia participativa. Em sua estrutura funcional, destacam-se as articulações comunitárias, a exemplo dos movimentos sociais, que realizam a mediação entre os cidadãos e a escolha das prioridades (SANTOS, 2002a).

As audiências públicas também asseguram a integração dos atores coletivos em assuntos que afetem seus interesses, na medida em que configuram um instrumento de participação administrativa aberto a indivíduos e grupos sociais determinados, tendo por objetivo “a legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opiniões que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual” (MOREIRA NETO, 1992, p. 129).

Outro mecanismo interessante corresponde à integração dos movimentos sociais em conselhos e comissões de natureza consultiva e deliberativa da máquina administrativa¹³, notadamente em matéria de políticas públicas. Na Administração Pública Federal Brasileira, destaca-se o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), que foi criado pela Lei n. 12.986, de 2 de junho de 2014 e sucedeu o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana.

O CNDH tem por finalidade a promoção e defesa dos direitos humanos, mediante ações preventivas, protetivas, reparadoras e sancionadoras dos atos de violação desses direitos, sendo composto por nove representantes de organizações da sociedade civil de abrangência nacional. Tradicionalmente esse espaço vem sendo ocupado por ativistas de relevantes movimentos sociais, como o movimento negro, o movimento LGBTQI+, o movimento dos trabalhadores e operários, entre outros.

Também podem ser mencionados o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE), o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), o Conselho

¹³ Em que pese as diretrizes da Constituição de 1988 acerca da participação ativa popular, não se pode fechar os olhos para o recente fenômeno de “desdemocratização” do espaço administrativo. Nesse sentido, cita-se a edição do Decreto Presidencial n. 9.759, de 11 de abril de 2019, que promoveu, entre outros aspectos, a extinção de conselhos participativos da Administração Pública federal, sob os pretensos fundamentos de desburocratização, simplificação administrativa, desregulamentação e contenção de gastos. O ato ensejou a concessão de medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.121/DF, para suspender a eficácia dos dispositivos do decreto que extinguiram os colegiados previstos em lei. Ao examinar a questão, Oliveira (2020) conclui que “a conjunção de liberalismo econômico com o neoconservadorismo na atualidade brasileira vem representando ameaças concretas de forte distorção do exercício e da garantia constitucional da participação popular”, bem como que “a análise do caso do Decreto n. 9.759/19 denota sim um prenúncio de movimento de desdemocratização da Administração Pública federal no Governo Bolsonaro, no sentido de se promover a fragilização da participação popular no país e possível tentativa de retrocesso na trajetória ascendente e emancipatória da democracia brasileira” (p. 77-78).

Nacional de Combate à Discriminação LGBT (CNCD/LGBT) e o Conselho Nacional de Políticas de Igualdade Racial (CNPIR), todos com significativa abertura às forças coletivas.

Nas esferas estadual e, sobretudo, municipal, os conselhos de execução de políticas públicas igualmente consubstanciam instrumentos de empoderamento social. Ora, a cidade corresponde a um ambiente privilegiado para a concretização dos direitos humanos e materialização da diversidade – étnica, cultural, comportamental, etc. Logo, nela são construídos os principais espaços públicos de decisão que potencializam a participação dos grupos comunitários e, conseqüentemente, a efetivação dos interesses das minorias (SANTOS; SANTOS; BOHN EDLER, 2016).

Demais disso, Rios (2019) discorre sobre a institucionalização dos movimentos sociais na esfera do Estado, por meio da construção de encaixes institucionais. A autora menciona a criação, após intensa mobilização, de entidades e órgãos da Administração Pública que passaram a configurar uma interface estatal do movimento negro, como a Fundação Palmares, que “cristalizou-se como um espaço institucionalizado, de interação socioestatal, em que atores coletivos civis e estatais negociam interesses relativos à população negra, seja urbana ou rural” (p. 260).

A Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República também surgiu a partir de reivindicações da militância negra, que detinha proximidade com o núcleo de poder à época de sua criação. Ao longo dos anos, seu comando passou a ser vinculado, em maior ou menor grau, às redes de ativismo negro ou de mulheres negras. À vista disso, é possível afirmar que a institucionalização da agenda da igualdade racial no Brasil foi “menos relacionada à representação eleitoralmente autorizada na esfera legislativa e mais diretamente associada à dinâmica de interação entre o ativismo político e as esferas executiva e burocrática do Estado” (RIOS, 2019, p. 277-278).

Essa participação administrativa permite a identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, o decréscimo da discricionariedade, a atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos e práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses (MEDAUAR, 2017).

Convém salientar que os modelos políticos do passado não eram propícios à formação de consenso nas sociedades, eis que baseados na concepção de um polo de poder com a prerrogativa de impor comportamentos e assegurar uma convergência fundada na coerção. Diferentemente da evolução das funções legislativa e judicial, que desde as revoluções liberais do século XVIII sinalizaram uma crescente harmonização entre a sociedade e o Estado, a função

administrativa manteve, por muito tempo, uma postura imperativa herdada do absolutismo (MOREIRA NETO, 2003).

Foi apenas com a consolidação do Estado Democrático de Direito que se estabeleceu a construção de um princípio de consenso, definido como “o primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado” (MOREIRA NETO, 2003, p. 133). A atuação administrativa voltada a esse princípio, pela via contratual (prestações recíprocas) ou do acordo não contratual (prestações integrativas para o interesse comum), apresenta vantagens inúmeras, pois

contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra os abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem) (MOREIRA NETO, 2003, p. 145).

Também em decorrência da democratização, evidencia-se uma reconfiguração do Estado-Administrador em face da cultura de litigiosidade, ante a necessidade de se abandonar a hiperinflação adversarial, que tem sido a tônica do relacionamento entre Administração Pública e sociedade e que conspira contra os princípios constitucionais, sobretudo da eficiência e eficácia. Nesse contexto, os agentes públicos devem exercer habilidades negociais para substituir uma postura belicosa pela racionalidade intersubjetiva, em consonância com o ideal regulador de interesses convergentes (FREITAS, 2017).

A interação entre a Administração Pública e os administrados, como visto, foi profundamente alterada. Há, entretanto, múltiplos desafios a serem enfrentados para o fortalecimento desse regime mais participativo e concertado, a começar pela necessidade de mudanças legislativas que formalizem os mecanismos alternativos de solução de conflitos no âmbito administrativo, bem como de capacitação dos agentes públicos no desempenho de novos papéis e de ampliação da participação institucional da sociedade civil organizada na gestão pública.

2.4 CONVENCIONALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA: OS IMPACTOS DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL E DA INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE A ATUAÇÃO DO ESTADO-ADMINISTRADOR

A convergência entre a Administração Pública e o direito internacional dos direitos humanos se revela como uma tendência ainda embrionária, porém promissora nos tempos atuais. É que os organismos internacionais ganharam, progressivamente, maior destaque na regulação da vida social e na resistência a retrocessos no campo dos direitos e liberdades dos cidadãos, não devendo a máquina administrativa se manter à margem desse processo.

Sabe-se que o constitucionalismo moderno foi erigido sob um modelo de Estado Nacional soberano, detentor do monopólio da produção de normas, da jurisdição e do uso legítimo da força no âmbito do seu território, que não reconhece qualquer poder superior ao seu. Conquanto tal modelo ainda ocupe certo protagonismo no mundo contemporâneo, não há como se ignorar o surgimento de fontes normativas e instâncias de regulação e resolução de conflitos alheias às instituições estatais que produzem forte impacto sobre a soberania constitucional (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016).

Após o processo de constitucionalização da ordem jurídica, que definiu o Estado de Direito Moderno, evidencia-se atualmente a sedimentação de um fenômeno no qual a Constituição estatal incorpora parâmetros internacionais de democracia, de organização da ordem econômica e, principalmente, de proteção dos direitos humanos (HERDEGEN, 2010).

Em tempos de globalização e influxos constantes entre as ordens jurídicas interna e internacional, dois paradigmas fundamentais da atividade administrativa passam a ser desafiados: a hierarquia e a ligação intrínseca entre ação administrativa, Estado e direito nacional. Nessa perspectiva, o Direito Administrativo “não pode ser interpretado em torno da ideia de um centro monolítico ou de um ápice de uma estrutura piramidal; ao contrário, ele precisa ser dissociado de suas bases nacionalistas” (SCHILL, 2015, p. 17).

Como observam Krisch e Kingsbury (2012):

Com a expansão da governança global, muitas funções administrativas e regulatórias são agora realizadas, num contexto global ao invés do contexto nacional, ainda que por meio de um grande número de diferentes formas, partindo de decisões obrigatórias das organizações internacionais para acordos não obrigatórios nas relações intergovernamentais, como também para ações administrativas internas, num contexto de regimes globais. Os exemplos incluem as decisões do Conselho de Segurança da ONU nas sanções individuais; a elaboração de normas do Banco Mundial para os países em desenvolvimento; o controle da prática de lavagem de dinheiro pelas ações da Financial Action Task Force; ou decisões administrativas internas no mercado de acesso, sobre os produtos estrangeiros, inseridas no regime da OMC (p. 17).

Analisando-se a diversidade de formas e instituições de governança global, é possível observar, essencialmente, o exercício de funções administrativas e regulatórias por organismos que não integram o Poder Público nacional e não ostentam natureza decisória. Há, nesse passo,

uma releitura do termo “administração” – o qual sempre esteve intimamente relacionado com o sistema estatal – em função do entrelaçamento dos elementos interno e internacional do processo de regulação (KRISCH; KINGSBURY, 2012).

Ganham relevância as organizações internacionais, consideradas como

entidade[s] criada[s] por Estados para fazer o tipo de coisas que os Estados não conseguem fazer (ou que relutam em fazer) sozinhos, por qualquer motivo que seja: gerenciar uma hidrovía internacional, monitorar as violações dos direitos humanos, conceder empréstimos de modo a estimular o desenvolvimento econômico; facilitar relações trabalhistas pacíficas etc. Até mesmo a gestão da paz e da segurança pode, nesse sentido, ser reduzida a uma tarefa gerencial, algo que é melhor ficar a cargo de especialistas. Os estados e as organizações são extensões uns dos outros, compartilhando funções, atribuições e legitimidade, e eventualmente, acabam se tornando indistinguíveis (KLABBERS *apud* CASINI, 2014, p. 18-19)

Percebe-se o interesse dessas organizações em reforçar sua legitimidade em face dos desafios políticos. Em diversas áreas da governança global, são implementados mecanismos para melhorar a participação e *accountability* no processo de tomada de decisões – análogos àqueles concebidos nos sistemas jurídicos internos de direito administrativo, baseados na transparência, participação e revisão (KRISCH; KINGSBURY, 2012). Assim, em que pese a inexistência de um governo ou parlamento globais, diversas organizações internacionais regem-se conforme princípios da transparência no *rulemaking* e do *due process* (em alguns casos com mecanismos de *notice-and-comment*, audiências e *reason-giving*), procedimentos de avaliação para corrigir erros e garantir a racionalidade e legalidade, entre outros (CASINI, 2014).

Pode-se falar, portanto, em um modelo de “governança multinível”, definido por Piattoni (2009) da seguinte forma:

The term multi-level governance denotes a diverse set of arrangements, a panoply of systems of coordination and negotiation, among formally independent but functionally interdependent entities that stand in complex relations to one another and that, through coordination and negotiation, keep redefining the interrelations. The levels connected by MLG must be understood primarily as territorial levels (supranational, national, sub-national), each commanding a certain degree of authority over the corresponding territory and the individuals residing in it, but also more generally as jurisdictional levels, identified with regard to specific functions and to the constituents who are interested in the performance of those functions (p. 172).¹⁴

¹⁴ O termo governança multinível denota um conjunto diversificado de arranjos, um complexo de sistemas de coordenação e negociação, entre entidades formalmente independentes, mas funcionalmente interdependentes, que mantêm relações complexas entre si e que, por meio de coordenação e negociação, permanecem redefinindo essas inter-relações. Os níveis interligados pela MLG [governança multinível] devem ser entendidos primariamente como níveis territoriais (supranacional, nacional, subnacional), cada um exercendo um certo grau de autoridade sobre o território correspondente e os indivíduos que nele residem, mas também de forma geral como níveis jurisdicionais, identificados com relação a funções específicas e aos agentes constituintes que estão interessados no desempenho dessas funções (tradução livre).

Krisch e Kingsbury (2012) retratam esse novo paradigma como um “espaço administrativo global”, isto é, “um espaço onde a estrita dicotomia entre direito interno e internacional está em amplo declínio” e cujas “funções administrativas são realizadas em várias interações complexas, entre representantes dos governos e instituições de diferentes níveis, e onde a regulação pode ser amplamente efetiva” (p. 15).

Trata-se de um espaço de regulamentação distinto daquele associado às relações interestatais e que transcende a esfera de influência tanto do direito internacional quanto do direito administrativo nacional. É que as organizações internacionais deixam de ser instrumentos dos governos de seus Estados-membros e passam a estipular suas próprias normas e regular seu próprio campo de atuação, concedem direitos de participação para atores públicos e privados e se orientam conforme seus próprios procedimentos legais. Em outras palavras, elas se configuram como verdadeiras “administrações públicas globais” (CASINI, 2014).

Isso faz com que surjam diferentes níveis de governança regulatória em escala global, sem o estabelecimento de uma ordem institucional claramente estruturada. Na defesa de um “Direito Administrativo plural global” (*pluralist global administrative law*), Krisch (2004) propõe que as conexões entre esses distintos níveis de governança se operem de modo heterárquico – em oposição à hierarquia –, de maneira que a estabilidade seja alcançada não com base na autoridade final, mas por meio de processos de negociação e compromisso, desafio e concessão.

A distinção quanto ao modelo tradicional do Direito Administrativo doméstico é significativa, eis que

*the strength of this contestation contrasts with the unitary, hierarchical basis on which domestic administrative law rests, and it leads to a peculiarly rugged landscape of accountability mechanisms on the global level. In many instances, these mechanisms are disorderly and highly unstructured; they operate in different regimes and are driven by oppositional dynamics. Global regulation faces challenges by domestic courts, by international civil society, and by competing international regimes, yet all of them function relatively independently – through mutual challenge rather than through fulfilling assigned roles in a coherent overall system (KRISCH, 2004, p. 248).*¹⁵

Não se ignora que essa estrutura pluralista pode apresentar certos problemas. Em primeiro lugar, pode-se sustentar a falta de segurança, pois a ausência de uma autoridade com

¹⁵ A força dessa contestação contrasta com a base hierárquica unitária sobre a qual repousa o direito administrativo interno e leva a um cenário particularmente desigual de mecanismos de controle em nível global. Em muitos casos, esses mecanismos são desordenados e altamente desestruturados; eles operam em regimes diferenciados e são movidos por dinâmicas de oposição. A regulamentação global enfrenta desafios por tribunais domésticos, pela sociedade civil internacional e por regimes internacionais concorrentes, embora todos eles funcionem de forma relativamente independente – por meio de desafio mútuo em detrimento do cumprimento de funções definidas em um sistema geral coerente (tradução livre).

competência regulatória final tem o potencial de culminar em decisões de governança instáveis. Essa circunstância, contudo, apenas reflete o fato de que a estrutura política e social em escala global é muito mais complexa do que aquela organizada nas comunidades nacionais, as quais são menores e mais homogêneas. Diante disso, *“in order to achieve similar goals, we might have to sacrifice more in terms of certainty and predictability than on the domestic level”*¹⁶ (KRISCH, 2004, p. 275).

Outro problema refere-se às disparidades de poder entre esses múltiplos níveis de governança. De fato, alguns atores possuem um grau de capacidade organizacional superior e, de modo geral, ostentam maior poder, daí por que é razoável questionar se as interações heterárquicas características da espacialidade pluralista favoreceriam os mecanismos mais poderosos em prejuízo daqueles mais fracos. Entretanto, na prática, o cenário não parece diferir muito se pensada uma estrutura unitária e hierarquicamente organizada para repartir as funções regulatórias, razão pela qual o argumento não é suficiente para rejeitar a premissa do Direito Administrativo plural global (KRISCH, 2004).

Moreira Neto (2014) fala em “transadministrativismo”¹⁷ para se referir aos impactos da globalização e da internacionalização do direito sobre o ramo do Direito Administrativo. Em síntese, ele afirma que:

ao lado dos múltiplos direitos nacionais, internos, e do direito internacional, externo, despontava uma nova modalidade com natureza extraestatal – um direito transnacional – voltada a compor conflitos e gerar consensos normativos em uma cópia de recentes e diversificadíssimas assimetrias, que se produziam com o surgimento de centenas de novos centros de poder não estatais, que se instituíam por vontade das partes interessadas em regrar conflitos existentes ou potenciais em inúmeros campos específicos das atividades humanas, insuficientemente regrados além das fronteiras políticas traçadas no ecúmeno (p. 78).

O “transadministrativismo” pressupõe o surgimento de novos centros de poder com formação espontânea, isto é, cuja impositividade de suas normas não decorre da existência de uma ou várias entidades dotadas de soberania que a garantam, mas sim de um consenso instituidor entre as partes interessadas, visando dar existência a um novo ordenamento composto por regras próprias (MOREIRA NETO, 2014).

No campo específico dos direitos humanos fundamentais, o processo de internacionalização dos direitos humanos, além de propiciar o reconhecimento de novos direitos, obriga as ordens jurídicas internas a se orientarem conforme novos padrões de respeito

¹⁶ Para alcançar objetivos semelhantes, podemos ter que sacrificar mais em termos de certeza e previsibilidade em comparação ao modelo doméstico (tradução livre).

¹⁷ O termo foi cunhado pelo autor em paralelo à tese do transconstitucionalismo de Neves (2014), que será aprofundada no Capítulo 3 deste trabalho.

às conquistas civilizatórias. Em que pese a Constituição de 1988 seja recente e analítica e, portanto, não sofra de um “déficit” de positivação de direitos subjetivos, o fenômeno da globalização econômica tem provocado uma verdadeira “desregulação”, ensejando a negativa de direitos, sobretudo sociais. Logo, o ordenamento internacional tem o potencial de surgir como barreira às reformas constitucionais destinadas à limitação de direitos, notadamente em tempos de políticas de austeridade (SUNDFELD, 2001).

Sundfeld (2001) destaca que

a multiplicação das fontes normativas tende a tornar mais complexa, por isso mesmo mais rica e mais problemática, a discussão em torno do direito aplicável a cada situação concreta da vida administrativa. A era do direito global vem incorporar novos blocos a esse universo normativo, introduzindo complexidades ainda maiores no sistema, conseqüentemente aumentando os conflitos de normas. Nesse particular, o direito comunitário é de relevância não desprezível (p. 7).

Demais disso, a despeito da ausência de normas positivas internacionais voltadas especificamente à ordenação da ação administrativa (em seu aspecto adjetivo), a jurisprudência das Cortes Internacionais se transformou em importante fonte do Direito Administrativo nacional e em fator de unificação regional (SUNDFELD, 2001).

Como o Poder Legislativo cedeu espaço em favor dos órgãos internacionais (despidos de legitimidade popular), poder-se-ia questionar sobre eventual fragilização dos tradicionais princípios da legalidade e da separação dos poderes, haja vista a íntima relação entre o ato administrativo e a lei. Nada obstante, Sundfeld (2001) argumenta que o que caracteriza o Direito Administrativo moderno é a submissão da Administração ao direito – não necessariamente à lei em sentido estrito –, daí por que:

o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma lei a sujeitá-lo). Para o sistema funcionar, na prática, é preciso um símbolo indicando a impossibilidade de o Executivo agir arbitrariamente. Esse símbolo, ainda hoje, é a lei¹⁸; mas é possível trocá-lo por espécies normativas outras (SUNDFELD, 2001, p. 9).

Segundo Ramos (2018), a Constituição de 1988 potencializou o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais, ao estabelecer uma abertura não só a direitos decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, mas também aos tratados internacionais celebrados pelo Brasil. Foi sob essa nova roupagem constitucional que o Estado Brasileiro

¹⁸ Sundfeld (2001) acrescenta que o Direito Administrativo depende, sobretudo, da efetividade do controle jurisdicional para sua subsistência, de modo que “se este prosseguir existindo, e se continuar fundando sua análise no pressuposto da proibição da arbitrariedade, as mudanças que ocorrerem, por mais profundas, não destruirão a submissão da Administração ao direito. O direito administrativo permanecerá” (p. 10).

passou a ratificar indistintamente os tratados voltados a proteção de direitos civis e políticos e de direitos sociais, econômicos e culturais, acatando a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. Ademais, o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH foi um passo decisivo para a aceitação do universalismo, pois representou uma submissão do Brasil à interpretação internacionalista.¹⁹

Há um amplo *corpus juris* internacional para servir como parâmetro de ampliação do catálogo de direitos fundamentais positivado no ordenamento jurídico interno e de orientação da Administração Pública em sua função típica. De igual modo, a atuação da Corte Interamericana e dos denominados “*treaty bodies*” da ONU produz *standards* de aplicação e interpretação de direitos humanos que têm o potencial de aumentar o seu alcance e campo de incidência.

À vista disso, a atividade administrativa sofre, atualmente, um processo de convencionalização para se adequar aos compromissos assumidos internacionalmente em matéria de direitos humanos e evitar a responsabilização do Estado nacional. Como ressalta Colantuono (2011), “*el desafío del derecho administrativo es, por estos tiempos, justamente el de rediseñar sus instituciones con el fin de hacelas efectivas en términos de preservación de la dignidad del hombre*”²⁰ (p. 305).

Dessa forma, a Administração Pública, em razão da responsabilidade unitária do Estado no âmbito internacional, deve exercer suas atividades em consonância com os padrões civilizatórios estabelecidos pelos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos e, acima de tudo, pela jurisprudência da Corte de San José, cuja competência foi reconhecida voluntariamente pelo Estado Brasileiro, no uso de sua soberania. Nessa conjuntura, “*la cuestión convocante es reformular efectivamente el Derecho Administrativo conforme a las nuevas bases de un Estado Convencional de Derecho*”²¹ (ALIANAK, 2015, p. 46).

Vale mencionar que, no âmbito regional interamericano, a CADH outorga aos Estados-membros os deveres de respeitar os direitos nela previstos e de adotar disposições de direito interno para garantir o pleno exercício de tais direitos (artigos 1.1 e 2). Tais compromissos

¹⁹ A relação entre o Estado Brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos será aprofundada no Capítulo 3 do presente trabalho.

²⁰ O desafio do direito administrativo é justamente redesenhar suas instituições para torná-las eficazes no sentido de preservar a dignidade do homem (tradução livre).

²¹ A questão que se coloca é reformular efetivamente o Direito Administrativo conforme as novas bases de um Estado Convencional de Direito (tradução livre).

envolvem a organização do aparato estatal e, de modo geral, todas as estruturas do poder público²², alcançando, evidentemente, a Administração Pública (COLANTUONO, 2011).

Explica Colantuono (2011):

*Cabe a la administración pública, como punto de contacto directo entre el Estado y las personas, expresar concretamente esa línea gubernamental de efectividad de los derechos humanos plasmandola día a día en sus actos administrativos, hechos, contratos, reglamentos, servicios públicos, obras y demás modalidades de ejercicio de sus competencias. Esa condición de sujeto obligado a materializar en su ámbito de actuación los principios, garantías, derechos y deberes del Pacto de San José, obliga sin dudas a nuevos planteamientos de la actividad administrativa en general (p. 301).*²³

O desrespeito aos parâmetros mínimos de proteção desses direitos, estabelecidos supranacionalmente, não pode ser justificado pela repartição de Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e tampouco pela organização federativa do Estado, uma vez que os mecanismos de responsabilização internacionais consideram irrelevante a distribuição interna de competências nos planos territorial e funcional (COLANTUONO, 2011).

Em sede conclusiva, Alianak (2015) descreve o cenário atual de transformações do Direito Administrativo da seguinte maneira:

*Vivimos en una época en que el sistema interamericano y el corpus iuris internacional de derechos humanos, impacta y atraviesa de modo transversal en forma relevante la disciplina que nos convoca, el Derecho Administrativo, en aspectos sustantivos, procedimentales y procesales. Las nuevas miradas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (incluso siguiendo criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) aporta a tópicos fundamentales de esta disciplina, produce y producirá transformaciones profundas en esta rama del derecho, y su obligatorio seguimiento por todos los órganos del Estado, incluidos los órganos administrativos, nos abre nuevos panoramas de diálogo judicial nacional y supranacional; un campo ampliado de derechos y garantías para los ciudadanos; deberes ineludibles de cumplimiento por las autoridades públicas; actualización y adaptación normativa legal y administrativa a los estándares y principios supranacionales que hacen a la esencia de los derechos humanos, y la concepción de una Administración Pública transparente, con voluntad de servicio hacia el ciudadano, eficiente y eficaz; mecanismos participativos y democráticos de control y/o de toma de decisiones, asumiendo ambos sectores (público y privado) las responsabilidades que en sus respectivos ámbitos, a cada uno de ellos les compete (p. 30).*²⁴

²² A Corte IDH reconhece a existência de um “dever dos Estados Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos” (Velásquez Rodríguez v. Honduras, 1988, § 166). O assunto será abordado no Capítulo 5, Seção 5.1.1.

²³ Compete à administração pública, como ponto de contato direto entre o Estado e o povo, expressar concretamente essa linha governamental de efetivação dos direitos humanos, manifestando-a dia a dia em seus atos administrativos, fatos, contratos, regulamentos, serviços públicos, obras e outras modalidades de exercício das suas atribuições. Esta condição de sujeito obrigado a materializar em seu âmbito de ação os princípios, garantias, direitos e deveres do Pacto de San José impõe, sem dúvida, novos enfoques à atividade administrativa em geral (tradução livre).

²⁴ Vivemos um momento em que o sistema interamericano e o *corpus iuris* internacional de direitos humanos impactam e incidem transversalmente e de forma relevante a disciplina que nos une, o Direito Administrativo, nos aspectos substantivos, procedimentais e processuais. As novas perspectivas que a Corte Interamericana de

Em suma, como decorrência da nova era de governança global e da internacionalização dos direitos humanos, a Administração Pública deve se adequar, gradativamente, aos parâmetros idealizados também pelos organismos internacionais em matéria de direitos humanos. É exatamente sobre esse último processo que o presente trabalho pretende se aprofundar.

Para tanto, torna-se imprescindível abordar, de maneira mais ampla, o fenômeno que aqui se denomina de “convencionalização” do Estado Constitucional, o qual provocou a expansão da influência das instâncias internacionais sobre o ordenamento estatal e ensejou a necessidade de se investir em um modelo pluralista de interação entre as distintas ordens jurídicas para além das clássicas premissas do monismo e do dualismo.

Direitos Humanos (mesmo seguindo os critérios do Tribunal Europeu de Direitos Humanos) contribui nos temas fundamentais desta disciplina, produz e produzirá transformações profundas neste ramo do direito, e sua observância obrigatória por todos os órgãos do Estado, inclusive os administrativos, abre novos espaços para o diálogo judicial nacional e supranacional; um campo ampliado de direitos e garantias para os cidadãos; deveres indeclináveis de cumprimento por parte das autoridades públicas; atualização e adequação das normas jurídicas e administrativas às normas e princípios supranacionais que constituem a essência dos direitos humanos e à concepção de uma Administração Pública transparente, com interesse em prestar um serviço eficiente e eficaz ao cidadão; mecanismos participativos e democráticos de controle e/ou de tomada de decisões, assumindo ambos os setores (público e privado) as responsabilidades que, em suas respectivas áreas, lhes competem (tradução livre).

3 O ESTADO CONSTITUCIONAL CONVENCIONALIZADO

Apesar das significativas alterações operadas nas últimas décadas na relação entre o direito interno e o direito internacional, há uma insistente tentativa de intérpretes e aplicadores do direito em continuar acomodando a interação dessas distintas ordens jurídicas sob a roupagem do monismo-dualismo – seja por meio das premissas originárias de Triepel e Kelsen, seja pela defesa de “novas” vertentes moderadas ou intermediárias.

Contudo, a opção pela reciclagem – ainda que parcial – de propostas teóricas construídas no século passado impede o avanço na instituição de um marco conceitual efetivamente inovador e mais adequado às circunstâncias atuais. Partindo dessa premissa, busca-se, neste capítulo, delimitar um novo horizonte teórico a respeito do relacionamento entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional, tendo como paradigma o “Estado Constitucional Convencionalizado”, que é continuamente reoxigenado pela ação do direito internacional dos direitos humanos.

Propõe-se, em um primeiro momento, a examinar os principais pressupostos teóricos do monismo e do dualismo partindo dos debates travados entre Triepel e Kelsen no início do século XX. Na sequência, são analisadas as mudanças que desde então permearam a atuação estatal no domínio internacional e que justificam a superação de tais teorias, notadamente no que se refere à evolução do modelo de Estado-nação, à internacionalização dos direitos humanos e ao grau de abertura dos ordenamentos constitucionais. Por fim, é realizado um breve compilado das principais teorias pluralistas de intersecção entre o direito constitucional e o direito internacional, com o fim de se delinear um ponto de partida para a coexistência harmônica entre as ordens estatais e internacionais na tutela multinível dos direitos humanos, tendo como marco a Constituição da República de 1988.

3.1 A DICOTOMIA MONISMO-DUALISMO A PARTIR DO DEBATE ENTRE KELSEN E TRIEPEL

A relação entre o direito internacional e o direito interno é tradicionalmente marcada por três inquietações: a da unidade ou divisão entre esses sistemas jurídicos; a da hierarquia entre suas normas; e a da existência de conflitos normativos e sua consequente resolução. Com efeito, desde os debates travados entre Triepel e Kelsen no começo do século XX até as

produções bibliográficas mais recentes, tais questões têm orbitado, de modo predominante, em torno da dicotomia monismo-dualismo (ALVARADO, 2016).

Até o século XIX, prevaleceu a concepção monista-estatalista do ordenamento internacional, cuja origem remonta às reflexões de Hegel sobre o “direito externo de Estado” – isto é, um conjunto de normas estatais que disciplinariam as relações entre Estados na esfera internacional e cuja compreensão implicaria a própria negação do direito internacional (HEGEL, 1821 *apud* FERRAJOLI, 2002).

Tal concepção, que pressupunha o Estado como encarnação do espírito universal, detentor de soberania absoluta e insuscetível de limitação por qualquer entidade superior (GUERRA, 2019), passou a ser questionada a partir da ascensão da teoria dualista²⁵ de Triepel, a qual se baseia na coexistência dos direitos estatais e do direito internacional. Esta, por sua vez, veio a ser desafiada pela nova proposta monista arquitetada por Kelsen, que prega a unidade do direito e a primazia do direito internacional (FERRAJOLI, 2002).

Segundo a teoria dualista, o direito internacional e o direito interno compreenderiam noções diferentes, por regerem relações sociais distintas: enquanto as normas jurídicas estatais regulariam as relações recíprocas entre indivíduos ou entre o Estado e seus súditos, as normas internacionais teriam por objeto as relações entre Estados iguais, os quais figurariam como únicos sujeitos de direito internacional. Além disso, haveria, também, um contraste entre as fontes jurídicas, na medida em que só poderia constituir fonte de direito internacional a vontade comum de uma pluralidade de Estados (TRIEPEL, 1966).

Assim, uma fonte de direito internacional seria incapaz de criar regra de direito interno; e, da mesma forma, uma fonte de direito interno não possuiria aptidão para produzir, por si só, direito internacional. Por conseguinte, para que houvesse a transformação de regra de origem internacional em uma norma de direito doméstico e sua derradeira aplicação para as relações internas, seria necessária a criação de um ato próprio de internalização estatal, como, por exemplo, a promulgação de lei. Algumas consequências podem ser extraídas daí: um tratado internacional não internalizado jamais poderia derrogar o direito interno; uma lei contrária ao direito internacional não poderia ser declarada nula; não se admitiria a aplicação da máxima *lex posterior derogat legi priori* para eventuais conflitos normativos (TRIEPEL, 1966).

²⁵ Verdross (2013) adverte: “Em 1914, propus chamar essa concepção de construção dualista do direito, denominação que, infelizmente, já penetrou na doutrina, pois seria melhor dizer construção pluralista do direito, porque, para seus autores, não seria somente o direito internacional de um lado e o direito nacional de outro, mas também cada direito nacional forma um sistema isolado do qual um é inteiramente independente do outro” (p. 18-19). No mesmo sentido: Kelsen (2013) e Ferrajoli (2013).

Com base nessas ponderações, Triepel (1966) conclui que o direito internacional e o direito interno não são apenas ramos distintos do direito, mas sistemas jurídicos diferentes: “dois círculos em íntimo contato, mas que jamais se superpõem” (p. 16), de modo que seria impossível sustentar a concorrência entre suas fontes.

Por outro lado, a teoria monista de Kelsen (2013) encara o direito como sistema único e admite a existência de uma ordem jurídica superior que coordena todos os Estados, perante a qual cada um destes seria uma ordem parcial delegada. Nesse panorama, a validade de uma norma dependeria sempre de outra norma superior, concebendo-se uma verdadeira pirâmide jurídica, cujo topo seria ocupado pela “norma fundamental hipotética”.

Para Kelsen (2013), a construção dualista representaria a negação da natureza jurídica do direito internacional e dos Estados estrangeiros, uma vez que reconheceria “o caráter de ordem jurídica somente a uma ordem, a ordem nacional; qualquer outro sistema – nem o direito internacional, nem outra ordem estatal – não pode ser igualmente uma ordem obrigatória” (p. 48). Logo, o direito internacional “sozinho seria um fragmento desprovido de significado, que apenas pode ser obrigatório caso se vincule estreitamente ao direito interno” (p. 49).

Ademais, a proposição monista reconhece a identidade de objetos das regras de direito interno e de direito internacional. Afirma-se que, tanto nas relações jurídicas entabuladas entre Estados iguais como naquelas estabelecidas entre o Estado e os indivíduos e entre estes reciprocamente, o objeto seria o mesmo: a determinação de obrigações e direitos. Portanto, não haveria qualquer óbice para que o direito internacional regulasse, da mesma forma que o direito interno, as relações também entre os Estados e seus sujeitos e as relações entre os próprios indivíduos (KELSEN, 2013).

Em contraposição à premissa dualista de necessidade de “transformação” do direito internacional em direito interno, Kelsen (2013) reflete que uma regra internacional poderia entrar imediatamente em vigor nos Estados contratantes, destacando que, em algumas constituições, o tratado internacional é equiparado à lei interna como fonte do direito. Ainda, a ideia de que as fontes internacionais obrigariam apenas o Estado – e não seus sujeitos ou órgãos de forma direta – traduziria o aniquilamento do direito internacional, já que “se subtrairmos do Estado seus sujeitos e seus órgãos, isto é, os indivíduos, não sobra nada que possa ser obrigado, pois o Estado não é uma entidade diferente de seus órgãos e de seus sujeitos” (p. 56).

Desse modo, Kelsen (2013) defende que

é da essência do direito internacional fundar uma sociedade de Estados iguais em direito. A ideia de que os diversos Estados, embora de extensões territoriais, populações e poderes desiguais têm, sob o ponto de vista jurídico, o mesmo valor e,

tendo cada um sua própria esfera de ação, de que estão unidos em uma comunidade superior é uma ideia eminentemente moral, uma das raras conquistas verdadeiramente importantes e incontestáveis do espírito moderno. [...] Admite-se a primazia do direito internacional, a noção de direito torna-se perfeita igualmente do ponto de vista moral: o direito torna-se a organização da humanidade e se identifica, assim, com a ideia moral suprema (p. 65-66).

Em sentido semelhante, ao abordar a concepção unitária do direito e a primazia do direito internacional, Verdross²⁶ (2013) aponta “uma relação de subordinação do direito interno perante o direito internacional e, conseqüentemente, uma relação de coordenação entre os diversos direitos nacionais” (p. 20); e aduz que o Estado “está internacionalmente obrigado a conformar sua legislação, até mesmo sua Constituição às prescrições do direito internacional” (p. 21).

Reconsiderando sua posição originária, Kelsen (2013) chega a reconhecer a possibilidade de conflitos entre o direito interno e o direito internacional, os quais deveriam, em sua percepção, ser solucionados mediante os mesmos métodos utilizados para resolver conflitos entre diferentes graus da ordem estatal.

Admitir a existência desses conflitos não romperia a unidade do sistema jurídico, da mesma forma que um conflito entre a constituição e uma lei não quebra a unidade do direito estatal. Haveria, em tal hipótese, a predominância do direito internacional, tendo em conta que uma lei contrária ao direito internacional confere ao Estado prejudicado o direito de iniciar um processo de responsabilização internacional, mas uma norma internacional contrária à lei interna não concede direito equivalente (MELLO, 2004).

Em réplica às críticas do monismo kelseniano, Triepel (1966) sustenta a impossibilidade de se admitir o reconhecimento da validade dos direitos estatais a partir de uma só norma fundamental hipotética, “porque não se pode nem construir um edifício nem continuar uma cadeia até o infinito” (p. 21). O autor busca refutar, ainda, a tese da identidade de objeto entre as regras de direito interno e de direito internacional, sob o argumento de que o Estado ostenta personalidade independente, não só sob o aspecto sociológico, mas também jurídico. E prossegue (p. 21):

Se derivamos o direito da vontade de um homem, ou de uma comunidade, é-nos permitido afirmar que há tantos sistemas jurídicos quantas sejam as vontades capazes de criar direito. Esses sistemas podem ser absolutamente independentes um do outro. O direito sueco não tem qualquer relação jurídica com o direito japonês. É arbitrário dizer que um não pode contradizer o outro; e é também arbitrário afirmar que esses dois sistemas jurídicos são fundados no direito internacional.

²⁶ Verdross foi discípulo de Kelsen e precursor da teoria do monismo moderado, que defende a concorrência entre o direito internacional e o direito estatal, sem que haja uma ordem prevalente.

Em que pese a ordem jurídica internacional não tenha incorporado, explicitamente, qualquer das teorias indicadas, percebe-se, pela análise das normas e jurisprudência internacionais, clara preferência pelo princípio da primazia do direito internacional – ou, ao menos, reticência acerca do valor atribuído ao direito interno no cenário internacional. Nesse sentido, por exemplo, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), em virtude dos princípios da boa-fé e *pacta sunt servanda*, expressa que o direito nacional não pode ser invocado para justificar o descumprimento das obrigações internacionais, cabendo aos Estados promover as adequações em sua ordem jurídica interna conforme os compromissos assumidos internacionalmente²⁷ (ALVARADO, 2016).

Os debates entre monistas e dualistas, gradualmente, diminuíram, mas não foram abandonados. Diferentemente do que costuma ocorrer no meio acadêmico, em que as disputas culminam na vitória de uma tese a partir de um argumento arrebatador que geralmente passa a ser aceito por ambas as partes, nesse caso as discussões simplesmente foram enfraquecidas e substituídas por uma abordagem pragmática na interação entre os Estados e as organizações internacionais (KUMM, 2006).

A tensão que sempre permeou a antítese entre a ideia de autogoverno, projetada pelos constitucionalistas, e as reivindicações de autoridade do direito internacional, foi encoberta, durante muito tempo, pela lógica de que o direito internacional teria abrangência limitada ao domínio das relações internacionais, incidiria necessariamente com base no consentimento estatal e deixaria questões específicas de interpretação e aplicação à juízo dos próprios Estados (KUMM, 2006).

Ocorre que o direito internacional contemporâneo não se enquadra mais nessa narrativa. De fato, percebe-se a expansão do seu objeto, a relativização da dependência de consentimento estatal e o fortalecimento de mecanismos internacionais de adjudicação e execução forçada, de forma que pensar a relação entre o direito constitucional nacional e o direito internacional passou a constituir uma das questões mais urgentes a serem enfrentadas (KUMM, 2006).

Dito isso, serão analisadas, na sequência, as mudanças operadas no campo do direito internacional com o objetivo de constatar se as premissas do monismo e do dualismo ainda possuem alguma razão de ser.

²⁷ No âmbito do sistema interamericano, o artigo 2º da Convenção Americana (dever de adotar disposições de direito interno) demanda dos Estados a adequação de seus respectivos ordenamentos jurídicos conforme os compromissos assumidos internacionalmente, mediante a adoção das medidas legislativas ou de outra natureza. Trata-se de dispositivo-chave utilizado pelas instituições do SIDH para deliberar sobre eventual responsabilização estatal.

3.2 ALTERAÇÕES NO RELACIONAMENTO ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No atual cenário de interação entre os ordenamentos jurídicos internos e o direito internacional, verifica-se que quase todos os elementos constitutivos da dicotomia monismo-dualismo foram alterados: o arquétipo de Estado-nação evoluiu significativamente no processo de globalização, o direito internacional atingiu um patamar de desenvolvimento muito superior daquele do início do século XX e houve a introdução de disposições constitucionais específicas delimitando o papel do direito internacional nos ordenamentos nacionais (BOGDANDY, 2012).

Em substituição à figura do Estado Constitucional Nacional egoísta, individualista e agressivo, ascende o Estado Constitucional Cooperativo, o qual, mantendo as limitações inerentes ao constitucionalismo moderno, assume identidade também na esfera internacional, mediante a percepção de cooperação e responsabilidade internacional, solidariedade, interlocução com outros Estados e instituições internacionais e “abertura ao mundo” (HÄBERLE, 2007).

Ganha destaque, assim, a ascensão de um direito internacional comunitário, com o surgimento de comunidades de Estados (Liga das Nações, Organização das Nações Unidas, etc.) e formas regionais de cooperação intensiva (Comunidade Europeia, Comissão Europeia, Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Organização dos Estados Americanos, etc.), pontos de partida de um direito internacional humanitário e social, a partir sobretudo da Declaração Universal de 1948 e da cooperação privada além dos Estados, com organizações internacionais não estatais (HÄBERLE, 2007).

Häberle (2007) elenca algumas consequências teórico-constitucionais dessa postura estatal: (i) a redefinição das fontes do direito²⁸, uma vez que o Estado deixa de ter o monopólio sobre sua produção e passa a incorporar princípios, estruturas jurídicas e ideias de justiça diretamente da comunidade internacional; (ii) o surgimento do “direito comum de cooperação” a partir da integração entre direito constitucional e direito internacional, que não encontra mais espaço na bifurcação monismo-dualismo e demanda nova via de harmonização; e (iii) a realização cooperativa dos direitos humanos fundamentais no âmbito internacional.

²⁸ Sobre o tema, Häberle (2007) reflete: “A ideologia do monopólio estatal das fontes jurídicas torna-se estranha ao Estado constitucional quando ele muda para o Estado constitucional cooperativo. Ele não mais exige monopólio na legislação e interpretação: ele se abre de forma escalonada a procedimentos internacionais ou de direito internacional de legislação, e a processos de interpretação” (p. 61).

Esse novo modelo estatal, segundo o autor, poderia ser estruturado juridicamente por meio: (i) do reconhecimento da “abertura ao mundo”, da solidariedade, da cooperação internacional e da corresponsabilidade; (ii) de formas especiais e graduais de cooperação; (iii) de declarações gerais e universais de direitos humanos fundamentais; (iv) de determinações especiais de direitos humanos fundamentais com “efeito externo”; (v) da (gradual) inclusão do direito internacional na ordem jurídica interna; e (vi) das tarefas comunitárias, como a proteção dos direitos humanos, proteção do meio ambiente, combate ao terrorismo, paz mundial, etc. (HÄBERLE, 2007).

Em suma, Häberle (2007) constata que:

O Estado constitucional cooperativo se coloca no lugar do Estado constitucional nacional. Ele é a resposta jurídico-constitucional à mudança do Direito Internacional de direito de coexistência para o direito de cooperação na comunidade (não mais sociedade) de Estados, cada vez mais imbricada e constituída, e desenvolve com ela e nela o “direito comum de cooperação”. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição torna-se internacional (p. 71).

Com efeito, o complexo aparato de tutela multinível dos direitos humanos que se tem hoje, caracterizado por variadas fontes normativas e mecanismos de responsabilização dos Estados de caráter global e regional, é resultado de um longo de amadurecimento das democracias contemporâneas, que culminou na relativização do conceito clássico de soberania em favor da máxima proteção da dignidade humana.

Conquanto a internacionalização dos direitos humanos tenha se iniciado na segunda metade do século XIX por meio de acordos e convenções relacionados ao direito humanitário, à luta contra a escravidão e à proteção do trabalhador assalariado (COMPARATO, 2019), o movimento efetivamente ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, diante do legado de horrores deixado pelo regime nazista que motivou a cooperação entre os Estados pela construção de um novo referencial ético que fosse capaz de orientar a ordem internacional (PIOVESAN, 2019).

Tal referencial foi cristalizado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada sob os auspícios da ONU em 10 de dezembro de 1948, que retomou os valores supremos de igualdade, liberdade e fraternidade da Revolução Francesa (COMPARATO, 2019) e representou, nas palavras de Bobbio (2004), “a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores” (p. 18) e a afirmação “dos direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade” (p. 19).

A partir daí, iniciou-se o processo de construção do que se convencionou chamar de “*corpus juris* internacional” de salvaguarda do ser humano, que agrega, no plano substantivo, normas, princípios e conceitos estabelecidos em tratados, convenções e resoluções de organismos internacionais; e, no plano processual, mecanismos de proteção convencionais ou extraconvencionais, que atuam mediante sistemas de petições, relatórios e investigações (CANÇADO TRINDADE, 2007).

No período pós-guerra, o Estado-Nação passou a ser visto não apenas como um garantidor, mas também como um grande violador de direitos. Assim, para melhor proteção da sociedade em momentos dramáticos, entendeu-se necessária a tutela complementar e subsidiária das organizações internacionais, as quais tradicionalmente ostentavam um papel político e não jurídico (SILVEIRA; FERNANDES, 2018). Surgiu, assim, o ramo do direito internacional dos direitos humanos, que contribuiu para um processo de humanização do direito internacional, como pontuado por Cançado Trindade (2003):

O tratamento dispensado aos seres humanos pelo poder público não é mais algo estranho ao Direito Internacional. Muito ao contrário, é algo que lhe diz respeito, porque os direitos de que são titulares todos os seres humanos emanam diretamente do Direito Internacional. Os indivíduos são, efetivamente, sujeitos do direito tanto interno como internacional. E ocupam posição central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sejam ou não vítimas de violações de seus direitos internacionalmente consagrados (p. 436).

Ao lado do sistema global engendrado pela ONU, que tem por núcleo a DUDH, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), emergiram os sistemas regionais de direitos humanos, particularmente na Europa, América e África. Esses sistemas passam a coexistir e se relacionar de forma complementar, somando-se ao regime de proteção de direitos organizado internamente pelos próprios Estados (PIOVESAN, 2019).

Diante desse quadro, o indivíduo se transforma em sujeito de direito internacional e o conceito de soberania é reposicionado para possibilitar que, nos casos de violações de direitos humanos, os sistemas global e regionais possam ser acionados de modo subsidiário, fazendo com que seja promovida a máxima defesa da pessoa humana (FIGUEIREDO, 2013). É que, como destaca Peters (2006):

it can hardly be denied that the international legal order is in the process of shifting from an order based on ‘Westphalian sovereignty’ (conceived as carte blanche for national governments to organize their domestic legal and political structures without any authoritative external interference) to a ‘hybrid’ or ‘dualistic’ world order, based on (modified) state sovereignty and the autonomy or self-determination of the individual. The principle of state sovereignty no longer serves as the exclusive source

of legitimacy of international norms (and is, from a normative standpoint, increasingly contested as a legitimizing factor in itself) (p. 586-587).²⁹

Opera-se, nessas circunstâncias, a constitucionalização do direito internacional, que “mimetiza institutos outrora reservados ao Direito Constitucional, como, v.g., criação de tribunais, proteção de direitos fundamentais, *rule of law*, acesso direto de indivíduos, julgamento de indivíduos no campo penal” (RAMOS, 2012, p. 502). Dimoulis (2014) identifica algumas características que permitiram tal processo:

a) riquíssima produção normativa internacional em prol dos direitos humanos (declarações, convenções, pactos, tratados, etc.); b) crescente interesse das organizações internacionais pelos direitos humanos e criação de organizações cuja principal finalidade é promovê-los e tutelá-los; c) criação de mecanismos internacionais de fiscalização de possíveis violações e de responsabilização de Estados ou indivíduos que cometem tais violações (organização e procedimento); d) intensa produção doutrinária em âmbito internacional, incluindo debates de cunho político e filosófico, assim como análises estritamente jurídicas de dogmática geral e especial (p. 28).

Por conseguinte, o princípio do Estado de Direito é transplantado para o direito internacional. Nesse sentido, Gorobets (2020) aponta que tal princípio é baseado na autoridade normativa do direito, isto é, compreende um ideal meta-normativo que reflete a aptidão de uma ordem jurídica em fazer com que seus sujeitos a cumpram de forma eficaz e a utilizem como guia para suas ações. Não se ignora que a autoridade normativa no âmbito doméstico é mediada mais intensamente por instituições públicas oficiais, diferentemente da normatividade internacional, que é tipicamente criada (e aplicada) por seus próprios sujeitos: os Estados. Entretanto, a projeção do Estado de Direito em nível internacional igualmente se caracteriza pela reivindicação de sua autoridade normativa.

Da mesma forma, Beaulac (2009) argumenta que houve a “externalização” do conceito de Estado de Direito, pois seria possível afirmar, atualmente, que a conduta dos Estados nas relações internacionais é caracterizada pela sujeição ao direito, a partir de regras jurídicas que são dotadas de certeza, previsibilidade e estabilidade. Isso se justifica porque as normas internacionais são formalizadas em tratados escritos, os quais são promulgados e publicados de forma satisfatória. Ademais, o direito internacional passa a ser universal em seu alcance e,

²⁹ Dificilmente poder-se-ia negar que a ordem jurídica internacional está em processo de mudança de uma ordem baseada na “soberania de Westfália” (concebida como carta branca para os governos nacionais organizarem suas estruturas jurídicas e políticas domésticas sem qualquer interferência externa) para uma ordem mundial “híbrida” ou “dualista”, baseada na soberania do estado (modificada) e na autonomia ou autodeterminação do indivíduo. O princípio da soberania do Estado não serve mais como fonte exclusiva de legitimidade das normas internacionais (e é, do ponto de vista normativo, cada vez mais contestado como fator de legitimação em si mesmo) (tradução livre).

diante do princípio da igualdade soberana, garante que todos os Estados sejam tratados da mesma maneira, sem discriminação.

Já sob a perspectiva doméstica, são forjadas as cláusulas constitucionais de articulação entre o direito internacional e o direito interno, que objetivam, de um lado, dispor sobre a incorporação, transposição ou uso do direito internacional no âmbito interno; e, de outro, determinar eventual posição hierárquica das normas internalizadas no regime jurídico doméstico (ALVARADO, 2016).

Essas cláusulas podem ser: (i) de admissão, que determinam a existência de um procedimento interno prévio para a definição do compromisso internacional e/ou reconhecem os efeitos diretos das normas internacionais; (ii) declarativas, que definem a postura a ser adotada pelos Estados nas relações internacionais; (iii) de remissão, que fazem referência expressa ao ordenamento internacional para complementar o catálogo constitucional ou legal ou para tratar de temas pontuais, como o exercício de determinadas competências; (iv) de interpretação, que estabelecem critérios interpretativos à luz dos compromissos internacionais; e (v) de “hierarquia” ou solução de conflitos normativos (ALVARADO, 2016).

Para além do aspecto normativo das ditas cláusulas, evidencia-se, também, uma disposição de abertura dos próprios juízes envolvidos no processo de interpretação constitucional, que passam a considerar e assimilar os fundamentos utilizados por cortes internacionais e estrangeiras na resolução de demandas, sobretudo nos chamados casos difíceis. Ganha força, portanto, uma comunicação transjudicial baseada não na lógica do precedente vinculante, mas na autoridade persuasiva dos julgados – seja para corroborar uma determinada posição, seja para decidir de modo diverso. Nessa perspectiva, destaca Slaughter (2003):

For these judges, looking around simply helps them do a better job at home, in the sense that they can approach a particular problem more creatively or with greater insight. Foreign authority is persuasive because it teaches them something they did not know or helps them see an issue in a different and more tractable light. It provides a broader range of ideas and experience that makes for better, more reflective opinions. This is the most frequent rationale advanced by judges regarding the virtues of looking abroad (p. 201).³⁰

As comparações e intersecções recíprocas, que podem ser denominadas de “fertilização cruzada”, permitem o refinamento da hermenêutica normativa e um avanço na

³⁰ Para esses juízes, olhar ao redor simplesmente os leva a fazer um trabalho melhor em casa, no sentido de que eles podem abordar um determinado problema de forma mais criativa ou com maior percepção. A autoridade externa é persuasiva porque lhes ensina algo que eles não sabiam ou os ajuda a ver o problema de uma maneira diferente e mais clara. Ela fornece uma gama mais ampla de ideias e experiências que contribuem para opiniões melhores e mais reflexivas. Este é o raciocínio mais frequente apresentado por juízes sobre as virtudes de olhar para o exterior (tradução livre).

proteção dos direitos humanos. Isso porque o direito internacional dos direitos humanos lida com normas de redação genérica e valores conflitantes, de forma que a análise comparativa de decisões produzidas em *locus* diverso sobre o alcance e sentido de determinado de direito servem como importante guia interpretativo (RAMOS, 2012).

Desse modo, percebe-se, nas últimas décadas, uma interação acentuada – e quase que simbiótica – entre as fontes do direito internacional e as ordens jurídicas internas. Nesse contexto, as cortes regionais de direitos humanos passam a desempenhar duas missões: ao mesmo tempo em que promovem a justiça nos casos concretos, também produzem parâmetros jurisprudenciais de proteção dos direitos humanos que orientam os Estados no cumprimento das obrigações decorrentes da ratificação das respectivas convenções internacionais (CLÉRICO, 2020).

Tomando como exemplo o SIDH e os avanços na atuação da Corte IDH³¹, observa-se a consolidação de um verdadeiro *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (BOGDANDY, 2017), vocacionado à real efetivação das promessas conquistadas pelas constituições dos países da região após a superação de regimes autoritários. É que as sentenças proferidas pela Corte IDH, para além das medidas reparatórias concedidas no âmbito das situações concretas analisadas, reproduzem um *standard* mínimo regional de efetividade dos direitos humanos, que passa a conformar as atividades jurisdicionais, legislativas e administrativas de todos os Estados que compõem o SIDH.

Em razão dessa incidência direta do *corpus juris* internacional e do fortalecimento da jurisdição interamericana, a constituição nacional dos Estados se torna “convencionalizada”, isto é, “*completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”³² (SAGÜÉS, 2016, p. 403).

Por derradeiro, as regras de direito internacional, conformadas pelos parâmetros estabelecidos por seus intérpretes autênticos, são incorporadas pela ordem constitucional e se corporificam em um amplo bloco de constitucionalidade convencionalizado, que opera de forma expansiva e progressiva e se faz paradigma de controle para todos os atores domésticos (CONCI; FARACO, 2020).

É exatamente esse contexto de constantes influxos entre o direito internacional dos direitos humanos e o ordenamento constitucional que caracteriza o que se denomina neste

³¹ Detalhes sobre o modo de atuação do SIDH serão expostos no Capítulo 4, Seção 4.1 do presente trabalho.

³² Completada, conformada e reciclada com e pelos tratados internacionais de direitos humanos, com o de San José da Costa Rica, e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (tradução livre).

trabalho de Estado Constitucional Convencionalizado. Não se trata de mera releitura da disposição do Estado em se abrir para a comunidade internacional, mas sim de um processo mais complexo de interpenetração de fontes jurídicas direcionado para a máxima proteção do ser humano.

Ao defender um modelo de “Estado Constitucional e Convencional”, Bazán (2017) orienta que:

El progresivo crecimiento de la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentua la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales vertientes jurídicas en aras de solidificar el sistema general de derechos, y de bregar para que los Estados cumplan cabalmente los compromisos internacionalmente asumidos en la materia. La Constitución, con la fuerza normativa que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas – inter alia – en la CADH y las pautas interpretativas que a su respecto traza la Corte IDH, conforman un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia una misma matriz axiológica-jurídica: el resguardo y la realización de los derechos fundamentales (p. 32).³³

Por sua vez, Borges e Piovesan (2019) explicam que

a proteção dos direitos humanos não encontra uma linha clara entre o nacional e o internacional, devido ao constante processo de retroalimentação e interdependência entre os dois níveis. O fato é que as fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional se estreitaram a tal ponto que se torna possível tratar, hoje, conjuntamente, do direito constitucional internacional e do direito internacional constitucional. A globalização inaugurou uma era da interdependência, uma era marcada pelo pluralismo normativo e pelo diálogo entre ordenamentos (p. 9).

A distinção estanque entre as categorias dos direitos humanos (reconhecidos na arena internacional) e dos direitos fundamentais (positivados no plano constitucional) não mais se coaduna com o fenômeno jurídico contemporâneo de proteção multinível desses direitos. Ambas, essencialmente, convergem para o mesmo fim: prevenir o sofrimento humano e resguardar a dignidade, de forma que não devem ser tratadas de modo dissociado, sob uma “lógica monista insular” (FACHIN; GONÇALVES, 2016).

Nessa conjectura de ideias, a polêmica entre monistas e dualistas torna-se estéril e ociosa, porquanto não contribui em nada para a emancipação do ser humano. As duas correntes, cada qual a sua medida, “personificaram” o Estado como único sujeito do direito internacional, premissa já superada pela conquista da personalidade jurídica e capacidade processual dos

³³ O crescimento progressivo da dinâmica interativa entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos acentua a necessidade de se obter uma articulação pacífica dessas normas jurídicas para solidificar o sistema geral de direitos e assegurar que os Estados cumpram integralmente os compromissos assumidos internacionalmente sobre o assunto. A Constituição, com a força normativa que lhe é inerente, e os instrumentos internacionais sobre direitos humanos, tais como as disposições contidas - entre outros - na CADH e as diretrizes interpretativas elaboradas pela Corte IDH a esse respeito, integram um bloco jurídico que orienta sua vigência para uma mesma matriz axiológico-jurídica: a proteção e efetivação dos direitos fundamentais (tradução livre).

próprios indivíduos no domínio do direito internacional dos direitos humanos. Além disso, a interação dinâmica e constante entre o direito internacional e o direito interno se dá, atualmente, em benefício das pessoas protegidas, sendo certo que os próprios tratados de direitos humanos consagram o critério da primazia da norma mais favorável (CANÇADO TRINDADE, 2007).

Com base nos diálogos local-regional-global em um sistema jurídico multinível, Piovesan (2018a) aponta a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana, pautado em três características essenciais: (i) a consagração de um trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica, em substituição a um sistema jurídico endógeno e autorreferencial baseado na pirâmide kelseniana; (ii) a crescente abertura do direito, agora marcado pelo diálogo dos ângulos interno e externo, com a comunicação entre jurisdições, empréstimos constitucionais e interdisciplinariedade; e (iii) o *human rights approach* (*human centered approach*), radicado na cidadania e nos direitos dos cidadãos, em detrimento do *State approach* (*State centered perspective*).

Destarte, no novo paradigma do Estado Constitucional Convencionalizado, as discussões sobre monismo e dualismo perdem totalmente o sentido. Tais teorias, como assinala Bogdandy (2012), “*desde una perspectiva jurídica y académica son unos zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o desconstituirse*”³⁴, daí por que “*la concepción general de la relación entre las normas internacionales y las del derecho interno debería asentarse en otra base conceptual*”^{35,36} (p. 25).

O autor ressalva que o dilema envolvendo a necessidade de desconstrução da tradicional “pirâmide jurídica” kelseniana deve buscar resposta dentro do processo constitucional interno, levando em conta a experiência, as expectativas e as convicções das diversas e heterogêneas comunidades constitucionais (BOGDANDY, 2012). De modo similar, Alvarado (2016) prega o abandono das teorias monista e dualista em prol de uma nova alternativa teórica, baseada na constatação de que o direito interno e o direito internacional são ordenamentos jurídicos distintos, porém profundamente conectados, cujas relações, apesar de não regidas pela hierarquia ou por uma regra definida para a resolução de conflitos, devem ser

³⁴ A partir de uma perspectiva jurídica e acadêmica são zombis intelectuais de outro tempo que devem descansar em paz ou ser desconstituídos (tradução livre).

³⁵ A concepção geral da relação entre as normas internacionais e de direito interno deveria se assentar em outra base conceitual (tradução livre).

³⁶ Bogdandy (2012) defende a substituição do paradigma clássico monismo-dualismo pela teoria do “pluralismo normativo”, a qual pressupõe que nenhuma constituição estatal seria um universo em si mesmo, mas sim o elemento de um “pluriverso normativo”, caracterizado pelo acoplamento entre diversos ordenamentos jurídicos que se perfaz pelas doutrinas do efeito direto e da interpretação conforme o direito internacional.

orientadas, justamente, pela consecução dos objetivos constitucionais ontologicamente considerados. E, dessa forma,

*la aplicación del derecho – nacional e internacional– debe dar cuenta de una empresa común: la de la salvaguarda de ciertos valores, entre ellos los derechos humanos, por lo que la decisión respecto del uso de ciertas normas debe abogar siempre por la mayor y mejor protección posible de esos valores comunes (ALVARADO, 2016, p. 32-33).*³⁷

Logo, a busca pela materialização dos direitos humanos fundamentais torna insubsistentes as teorias extremadas do monismo kelseniano – que reconhece o direito nacional como mera delegação do direito internacional e a este submetido – e do dualismo de Triepel – que defende a total separação entres os ordenamentos nacional e internacional, elevando a soberania a um valor absoluto.

Como conclui Urueña (2013):

*es difícil trazar una línea clara entre lo nacional y lo internacional, en especial en lo relacionado con la protección de los derechos humanos. Adicionalmente, hay un constante proceso de retroalimentación e interdependencia entre los dos niveles que hacen que la distinción sea insostenible: es razonable creer que el estado de derecho internacional se construye a través del fortalecimiento del estado de derecho en los Estados de la región, o viceversa: que el estado de derecho de un Estado de la región se fortalece mediante el fortalecimiento del estado de derecho internacional (p. 309).*³⁸

Uma vez admitida a insuficiência do confronto monismo vs. dualismo, convém delimitar um novo horizonte teórico que acomode melhor as relações atuais entre o direito interno e o direito internacional.

3.3 A DELIMITAÇÃO DO NOVO HORIZONTE TEÓRICO: PLURALISMO CONSTITUCIONAL, DIÁLOGO E MAXIMIZAÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A forte integração entre o direito estatal e o direito internacional consolidou um sistema jurídico de múltiplos níveis, que reivindicam simultaneamente um grau idêntico de validade (QUEIROZ, 2009). Diante disso, o direito internacional, composto por uma

³⁷ A aplicação da norma – nacional e internacional – deve levar em conta um compromisso comum: o de salvaguardar certos valores, incluindo os direitos humanos, de modo que a decisão quanto ao uso de certas normas deve sempre advogar pela maior e melhor proteção possível desses valores comuns (tradução livre).

³⁸ É difícil traçar uma linha clara entre o nacional e o internacional, especialmente em relação à proteção dos direitos humanos. Além disso, há um constante processo de retroalimentação e interdependência entre os dois níveis que tornam a distinção insustentável: é razoável acreditar que o estado de direito internacional se constrói por meio do fortalecimento do estado de direito nos Estados da região, ou vice-versa: que o estado de direito de um Estado na região é fortalecido pelo fortalecimento do estado de direito internacional (tradução livre).

pluralidade de ordenamentos jurídicos, se projeta como “*una red compleja y diversamente integrada por instituciones y sistemas jurídicos, articulada en distintos niveles normativos*”³⁹ (FERRAJOLI, 2013, p. 475).

Ao utilizar o termo “*constitutional network*”⁴⁰, Peters (2006) pontua que

*considering both international and national law together, we can discern fragmentary constitutional law elements at various levels of governance, in part relating only to specific sectors (e.g. human rights law or trade law). We might visualize these elements as situated both ‘horizontally’ (sectorally) and ‘vertically’ (encompassing both the international and the national level). (...) The term ‘network’, which is currently in vogue in various disciplines, is used here to describe relationships and interaction of norms and of their users. The network picture graphically describes relationships on an ideal scale between a horizontal/loose/market-like structure and a hierarchical/institutionalized/state-like one (p. 601-602).*⁴¹

A substituição da ideia de uma pirâmide jurídica, tradicionalmente associada ao monismo e à noção de hierarquia, pelo conceito de “rede”, baseada em uma estrutura heterárquica, motivou o surgimento de diversas teorias com o propósito de retratar e orientar as relações entre as distintas ordens jurídicas, entre as quais se destacam as propostas do constitucionalismo multinível (PERNICE, 2008), do transconstitucionalismo (NEVES, 2010) e do pluralismo constitucional (WALKER, 2002b), brevemente exploradas adiante.

3.3.1 Constitucionalismo multinível

Pernice (2008) identifica no cenário retratado acima um “constitucionalismo multinível”, que se configura a partir de instituições que atuam supranacionalmente na proteção de valores e bens comuns, tendo por fundamento princípios do estado de direito, da democracia e da solidariedade. Portanto, “*instead of monism as for Kelsen and Schmidt there is constitutional pluralism; instead of hierarchy and supremacy of federal law, there is functional*

³⁹ Uma rede complexa formada por diversas instituições e sistemas jurídicos, articulada em diferentes níveis regulatórios (tradução livre).

⁴⁰ Rede constitucional (tradução livre).

⁴¹ Considerando os direitos internacional e nacional em conjunto, podemos identificar elementos fragmentários do direito constitucional em vários níveis de governança, em parte relacionados apenas a setores específicos (por exemplo, direito dos direitos humanos ou direito comercial). Podemos visualizar esses elementos como situados tanto “horizontalmente” (de modo setorial) quanto “verticalmente” (abrangendo tanto o nível internacional quanto o nacional). [...] O termo ‘rede’, que está atualmente em voga em várias disciplinas, é usado aqui para descrever as relações e a interação das normas e de seus sujeitos. A imagem da rede descreve graficamente os relacionamentos em uma escala ideal entre uma estrutura horizontal/ampla/semelhante à estrutura do mercado e uma estrutura hierárquica/institucionalizada/estatal (tradução livre).

*primacy based upon mutual consideration, recognition, and cooperation*⁴² (PERNICE, 2009, p. 384).

O conceito do constitucionalismo multinível foi idealizado para definir a estrutura da União Europeia (UE) e, sobretudo, a relação entre as normas constitucionais domésticas dos Estados-membros e o direito comunitário europeu. Concebe-se a “constituição” da Europa como um processo de progressiva divisão e organização de poderes em diferentes níveis de competência e ação, que se instala a partir de procedimentos definidos – de forma mais ou menos clara – pelas constituições nacionais dos Estados-membros (PERNICE, 2008).

De acordo com Pernice (2008), a forma pela qual é formalizado o contrato social que origina essa constituição seria indiferente: seja por meio de um documento constitucional elaborado por um órgão parlamentar e adotado mediante referendo, seja pela ratificação de um tratado internacional precedida por autorização legislativa. A legitimidade do contrato social decorre do próprio instrumento “constitucional” acordado entre os Estados envolvidos e que constitui e define as instituições da UE e suas funções, confere competências específicas a essas instituições, estabelece os respectivos direitos das pessoas sujeitas a sua autoridade, consagra os procedimentos de participação no âmbito das competências estabelecidas e organiza os processos de tomada de decisão.

O foco na interação entre as constituições nacionais e o direito europeu, contudo, não exclui outros níveis de competência no âmbito regional-federal ou internacional, uma vez que o diferencial do conceito está na perspectiva do indivíduo⁴³ vinculado a esses diferentes espaços constitucionais:

Multilevel constitutionalism analyses these processes from the perspective of the individual, which as a member of the local, regional, national, European or even global community – as the case may be – is understood to organise his political life in agreement with the other members of the respective grouping, at different levels for different purposes (PERNICE, 2008, p. 14).⁴⁴

⁴² Em vez do monismo de Kelsen e Schmidt, há um pluralismo constitucional; em vez de hierarquia e supremacia da norma federal, há uma primazia funcional baseada na consideração mútua, no reconhecimento e na cooperação (tradução livre).

⁴³ De modo semelhante, Silveira e Mezzaroba (2017) falam em “cidadania multilateral”, exercida pelo indivíduo “*on the domestic field of its State (national scope), regional field (for instance, before the Interamerican Court of Human Rights or the European Court of Human Rights) and universally (for instance, before the UN Human Rights Committee)*” (p. 291). [No campo doméstico do seu Estado (esfera nacional), no campo regional (por exemplo, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos), e globalmente (por exemplo, perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU) (tradução livre).]

⁴⁴ O constitucionalismo multinível analisa esses processos a partir da perspectiva do indivíduo, que como membro da comunidade local, regional, nacional, europeia ou mesmo global – conforme o caso – é demandado a organizar sua vida política em acordo com os demais membros, em diferentes níveis e para diferentes fins (tradução livre).

Para a tese do constitucionalismo multinível, não haveria hierarquia entre os direitos europeu e nacional. Eventual primazia das normas da UE em caso de conflito teria por fundamento a competência funcional e o princípio da igualdade perante a lei, em razão da unicidade do direito (PERNICE, 2008).

Isso não significa, entretanto, que as autoridades europeias poderiam invalidar uma lei nacional, mas apenas que as autoridades nacionais devem conferir preferência à aplicação da norma europeia para preservar seu efeito útil.

3.3.2 Transconstitucionalismo

Neves (2014) utiliza o termo “transconstitucionalismo” para ilustrar a interação entre as diferentes ordens jurídicas que se apresentam:

O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais (p. 206).

O transconstitucionalismo rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo como espaços de solução privilegiados de controvérsias. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, de maneira que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um mesmo problema constitucional envolvendo direitos humanos e organização de poder possam buscar formas transversais de articulação, cada uma delas observando a outra, para compreender seus próprios limites e possibilidades de contribuição, em um processo frutífero pautado na premissa: “o ponto cego, o outro pode ver” (NEVES, 2014).

O ponto de partida, portanto, não deve ser uma determinada ordem jurídica, mas sim os problemas constitucionais comuns que enredam as diversas ordens. Avança-se de um terreno caracterizado pela desconexão inicial entre as ordens presas em suas respectivas identidades para a construção de uma “racionalidade transversal” na relação entre princípios e regras de distintas ordens jurídicas, que são sopesados e incidem simultaneamente sobre o problema apreciado (NEVES, 2014).

O êxito desse modelo depende da reconstrução permanente das identidades constitucionais tendo como alicerce a alteridade, sob pena de se verificar o bloqueio recíproco entre as ordens jurídicas. Esse raciocínio não reproduz um processo ingênuo de pura convergência entre os atores envolvidos, mas apenas a disposição à abertura cognitiva e

normativa para outras ordens também comprometidas com a resolução dos casos concretos (NEVES, 2010).

A alteridade é componente essencial para o reconhecimento de que cada uma das ordens justapostas é igualmente legítima e merecedora de respeito, o que oportuniza trocas produtivas e aprendizado recíproco. Com base nela, aceita-se a existência de outros interlocutores válidos no processo interpretativo e promove-se a articulação de regras e princípios de múltiplos ordenamentos para o caso concreto (CALIXTO; CARVALHO, 2017).

O ambiente colaborativo do transconstitucionalismo, contudo, ainda é limitado diante das assimetrias estabelecidas entre as diferentes ordens jurídicas, verificando-se, em alguns contextos, uma sobreposição de uma determinada ordem sobre outra igualmente legítima. Essa sobreposição não reflete uma organização hierárquica de uma estrutura escalonada, mas sim um mecanismo de opressão ou negação da autonomia de uma ordem jurídica por outras (NEVES, 2010).

O método do transconstitucionalismo se mostra mais promissor do que métodos hierárquicos, lineares e definitivos, seja no âmbito internacional, estatal, supranacional ou local. Permite, pois, uma relação mais construtiva entre as ordens jurídicas, mediante a articulação de seus princípios e sem que haja uma última instância decisória.

3.3.3 Pluralismo constitucional

Apesar da relevância das premissas apontadas acima, o presente trabalho adota como marco teórico central o pluralismo constitucional (WALKER, 2002a), por entender que este possui moldura mais abrangente e melhor coerência e sistematização de critérios, o que permite uma melhor visualização das interações promovidas pelo SIDH, notadamente a partir da atuação da Corte IDH.

Walker (2002b) define o pluralismo constitucional da seguinte forma:

Constitutional pluralism recognises that in the post-Westphalian world there exists a range of different constitutional sites and processes configured in a heterarchical rather than a hierarchical pattern, and seeks to develop a number of empirical indices and normative criteria which allow us to understand this emerging configuration and assess the legitimacy of its development (p. 337).⁴⁵

⁴⁵ O pluralismo constitucional reconhece que no mundo pós-Westfaliano existe uma gama de diferentes espaços e processos constitucionais configurados em um padrão heterárquico ao invés de hierárquico, e busca desenvolver uma série de índices empíricos e critérios normativos que nos permitem entender esta configuração emergente e avaliar a legitimidade do seu desenvolvimento (tradução livre).

Para justificar tal teoria, Walker (2002a) distingue as noções de constitucionalidade (*constitutionality*), que compreende as estruturas e mecanismos que formam e identificam as constituições “realmente existentes”, e de constitucionalismo (*constitutionalism*), correspondente ao discurso normativo por meio do qual as constituições são justificadas, defendidas, criticadas e denunciadas.

De acordo com o referido autor, o constitucionalismo não deve ser encarado segundo a lógica do “tudo ou nada”, mas sim como um fenômeno de nuances e gradações, daí por que não há um único modelo definindo se o *status* constitucional de uma determinada ordem foi alcançado ou não. Há, na verdade, um conjunto de fatores que, associados, servem tanto como critérios para demonstrar as formas distintas de constitucionalismo, como índices que identificam e medem o grau de constitucionalização (WALKER, 2002a).

Nesse sentido, Walker (2002a) delimita alguns critérios relacionados à dimensão conceitual do constitucionalismo: os critérios constitutivos (*constitutive criteria*), que abrangem o desenvolvimento de um discurso constitucional explícito na comunidade ou processo político e a reivindicação pela autoridade jurídica fundacional ou soberania; os critérios de governança (*governance criteria*), consistentes na presença de uma competência jurisdicional, na autonomia interpretativa conferida a um determinado órgão para a definição do significado e extensão das competências relacionadas à comunidade política e na formação e regulação de uma estrutura institucional de governo; e, por fim, os critérios sociais (*societal criteria*), concernentes à legitimação da comunidade política perante as forças sociais, que envolvem notadamente a ideias de cidadania e pertencimento à associação política, bem como os respectivos mecanismos de participação e articulação dos cidadãos/membros.

Importante observar que o critério constitutivo de reivindicação pela autoridade ou soberania, no cenário pós-Westfaliano, pode englobar apenas a ideia de autonomia, sem necessariamente envolver a exclusividade da ordem jurídica em questão. Isso se deve ao surgimento de fontes políticas cujas circunscrições não são apenas territoriais, mas também setoriais ou funcionais. Em consequência, a ideia de um árbitro ou intérprete final no âmbito das diferentes jurisdições sobrepostas não diz respeito à exclusividade, pois a autonomia interpretativa significa apenas que, do ponto de vista interno de uma determinada ordem jurídica, existem instituições que são competentes para interpretar as regras constitucionais e legais vinculadas a essa ordem – raciocínio que não se aplica do ponto de vista externo (WALKER, 2002a).

Estabelecidos esses critérios, Walker (2002a) admite a coexistência de diversas ordens constitucionais – com graus e nuances de constitucionalização distintos – que incidem sobre

um mesmo espaço territorial e articulam entre si de modo heterárquico, com possibilidade de aprendizagem mútua, seja por meio da competição regulatória, seja pelo diálogo aberto e pela troca de experiências (*cross-experimentation*).

A assimilação do modelo pluralista exige a revisão do próprio conceito de constituição a partir do redesenho do direito constitucional e do poder constituinte desencadeado pelo diálogo multinível (FACHIN, 2020). Tal percepção converge com o fenômeno da constitucionalização do direito internacional, que reconhece a migração de instrumentos e valores do direito constitucional para a ordem internacional, tais como o princípio da legalidade, a separação de poderes, o regime democrático e os direitos humanos (CALIXTO; CARVALHO, 2020).

Trata-se da constatação de que há um conjunto de ordenamentos jurídicos que interagem, cada qual com origem constitucional distinta, sem que exista estrutura hierárquica definida. A ausência de hierarquia entre as normas desses ordenamentos, que são aplicadas no mesmo âmbito espacial, não representa um defeito a ser superado, mas sim a característica essencial desse novo modelo normativo. Ela permite que as diversas instituições que participam da criação e aplicação do direito colaborem, dialoguem e se limitem reciprocamente, de modo que nenhuma delas possa clamar pela autoridade final (PÉREZ, 2011). Conforme afirma Kumm, “*within a pluralist framework, it does not make sense to speak of a final arbiter*”⁴⁶ (p. 1999, p. 385).

Em referência às premissas de Walker (2002b), Pérez (2011) elucida os benefícios dessa nova configuração pluralista⁴⁷:

⁴⁶ Dentro de uma estrutura pluralista, não faz sentido falar de um árbitro final (tradução livre).

⁴⁷ Alguns autores também defendem modelos pluralistas mais abrangentes, como é o caso de Wolkmer (2006), que foca na perspectiva sociocrítica local extra-estatal e reconhece como espaços de criação do direito não só as instâncias oficiais do Estado e dos organismos internacionais, mas também os segmentos extra-estatais emancipatórios – como movimentos sociais, organizações não governamentais, comunidades culturalmente diversificadas e outros grupos de interesse –, com seus métodos inovadores de organização social e de resolução de conflitos. Segundo o aludido autor, a cultura jurídica da modernidade foi marcada pelo monismo, como resultado da ascensão da burguesia nos séculos XVII e XVIII, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal e da centralização política no Estado Nacional. Conquanto tal cultura tenha produzido relevantes avanços e conquistas históricas para a consolidação do projeto de legalidade liberal-burguês, ela não se mostrou suficiente para atender às transformações econômicas e políticas geradas pela complexidade dos conflitos coletivos e pelas demandas que surgiram com os impactos da globalização do capitalismo nas sociedades periféricas (WOLKMER, 2001). Embora forjadas sob perspectivas diversas, as teses do pluralismo constitucional de Walker e do pluralismo jurídico de Wolkmer convergem e se complementam ao reconhecer o abandono do monopólio da produção jurídica pelo Estado e o surgimento de instituições e sujeitos sociais diversos que se apresentam como fonte legítima de regulação social. Por essa razão, Magalhães (2005) sustenta que “O pluralismo constitucional é apenas uma qualificação do pluralismo jurídico. A qualificação faz parte de uma abordagem do pluralismo [constitucional] que retém premissas importantes do pluralismo jurídico (estruturais, institucionais e de pluralidade normativa), mas não foca em aspectos antropológicos e sociológicos (desenvolvimento de grupos sociais que criam seu próprio direito à margem do aparato estatal e que, de alguma forma, influencia o direito considerado oficial)” (p. 102).

el establecimiento de un entramado institucional supranacional no significa ni la desaparición de los Estados, ni la creación de un Estado a nivel supranacional al que se reconozca autoridad última. Los Estados, de alguna manera, siguen teniendo una posición de centralidad, pero sus instituciones deben interactuar y en alguna medida se funden con las instituciones supranacionales. En el contexto actual, deberíamos dejar de preguntarnos quién ostenta la autoridad última y acoger el pluralismo constitucional como una oportunidad de establecer checks and balances entre las diversas instituciones que intervienen en el ejercicio del poder público. El constitucionalismo estatal puede contrarrestar la concentración de poder al nivel supranacional, a la vez que el orden supranacional puede tener un papel correctivo sobre los excesos del poder estatal (p. 21).⁴⁸

Alvarado (2016) explica que o modelo teórico pluralista está associado à nova realidade do cenário jurídico: ele reconhece as diferenças entre o direito nacional e o direito internacional e, apesar de negar a ideia de um direito universal, admite a existência de princípios comuns e a incompletude de ambos os ordenamentos. Assim, diante da interconexão e interdependência entre os ordenamentos, busca oferecer regras para permitir a coexistência e a identificação de respostas aos problemas comuns.

O pluralismo rejeita, portanto, a ideia de hierarquia e demanda uma reformulação metodológica na articulação entre os ordenamentos, o que implica um exercício de diálogo e harmonização.

3.3.4 O diálogo pluralista no contexto da proteção dos direitos humanos

Para que haja a coexistência harmônica entre as diversas esferas jurídicas na tutela multinível dos direitos humanos, dentro do contexto do pluralismo constitucional, afigura-se necessária a instituição de uma atmosfera dialógica. E, como responsáveis pela aplicação do direito, os juízes e tribunais ocupam papel relevante, uma vez que são incumbidos de proteger a constituição e, com isso, salvaguardar os direitos dos indivíduos (ALVARADO, 2015). Surge, assim, uma “*global community of courts*”, composta por atores nacionais e internacionais, que devem dialogar à luz dos princípios do *checks and balances*, do conflito positivo, do pluralismo, da diferença legítima e da autoridade persuasiva (SLAUGHTER, 2003).

Urueña (2013) assevera que:

⁴⁸ O estabelecimento de uma estrutura institucional supranacional não significa nem o desaparecimento dos Estados, nem a criação de um Estado a nível supranacional que seja reconhecido como autoridade última. Os Estados, de alguma forma, continuam a ter uma posição central, mas suas instituições devem interagir e, em certa medida, se fundem com as instituições supranacionais. No contexto atual, devemos deixar de nos perguntar quem detém a autoridade máxima e abraçar o pluralismo constitucional como uma oportunidade para estabelecer freios e contrapesos entre as várias instituições que intervêm no exercício do poder público. O constitucionalismo estatal pode neutralizar a concentração de poder no nível supranacional, enquanto a ordem supranacional pode ter um papel corretivo sobre os excessos do poder estatal (tradução livre).

Parte importante de la idea de pluralismo es el diálogo. En efecto, en la medida en que no existe jerarquía o supremacía entre los diferentes órdenes normativos, una forma de entender la interacción es la metáfora del diálogo entre cortes nacionales e internacionales. Esta aproximación tiene la virtud de permitir que las cortes nacionales dejen de ser simples seguidores de la jurisprudencia internacional, y puedan participar como iguales en un diálogo transnacional en el que se cree una visión debatida y compartida del régimen de los derechos humanos (p. 316).⁴⁹

No âmbito regional interamericano, Alvarado (2015) observa uma rede multinível, constitucional e heterárquica de relações verticais (entre os juízes regionais e os juízes constitucionais) e horizontais (entre os juízes constitucionais de diversos países), cujo objetivo principal é a harmonização dos ordenamentos jurídicos para assegurar a proteção efetiva dos indivíduos. A Corte IDH se apresenta como pedra angular da referida rede, na medida em que produz parâmetros vinculantes de proteção dos direitos humanos e promove a articulação do sistema.

O vínculo jurídico estabelecido pela Convenção Americana e os parâmetros interpretativos definidos na jurisprudência interamericana demandam um diálogo interjudicial entre a Corte IDH e os tribunais nacionais: ao mesmo tempo em que os magistrados domésticos devem observar as normas convencionais e o alcance hermenêutico atribuído a elas pelo tribunal regional, os julgadores regionais também necessitam efetuar um juízo de ponderação das normas estatais para promover a máxima proteção dos direitos humanos no exercício de suas funções (CALIXTO; CARVALHO, 2019).

Para além dessas considerações relativas aos órgãos judiciais, os diálogos em matéria de direitos humanos são entendidos aqui de forma ampla como a integração argumentativa e livre entre os intérpretes e aplicadores do direito de modo geral. Assim, não devem se esgotar no campo jurisdicional, sob o risco de se observar uma intercomunicação entre elites, eis que os agentes judiciais – notadamente das Cortes Superiores e instâncias internacionais – tendem a ser selecionados entre os setores mais privilegiados da sociedade. O foco juricêntrico pode, nessa linha, frustrar a pretensão emancipatória dos direitos humanos (FACHIN, 2020).

Por essa razão, conquanto o Poder Judiciário seja geralmente retratado pela doutrina como o protagonista nas relações dialógicas com o direito internacional, há necessidade de câmbios e mutações constitucionais mais amplos (FACHIN, 2020). O diálogo pluralista, no

⁴⁹ Uma parte importante da ideia de pluralismo é o diálogo. Com efeito, na medida em que não há hierarquia ou supremacia entre as diferentes ordens normativas, uma forma de entender a interação é a metáfora do diálogo entre tribunais nacionais e internacionais. Esta abordagem tem a virtude de permitir que os tribunais nacionais deixem de ser meros seguidores da jurisprudência internacional e participem como iguais em um diálogo transnacional no qual é criada uma visão debatida e compartilhada do regime de direitos humanos (tradução livre).

marco do Estado Constitucional Convencionalizado, também deve ter como personagens os órgãos administrativos, legislativos e políticos, até mesmo diante do princípio da responsabilidade unitária do Estado no âmbito internacional, sem prejuízo de outros agentes da sociedade civil que participam, direta ou indiretamente, do processo deliberativo.

Sobre tal aspecto, Bogdandy e Urueña (2020) identificam uma abrangente “comunidade de prática” (*community of practice*) estabelecida no âmbito do SIDH, a qual é composta por diferentes atores que interagem ao redor da Convenção Americana: as organizações não-governamentais que acionam o sistema, as organizações de base que atuam para proteger as vítimas, as clínicas jurídicas que intervêm como *amici curiae* perante a Corte IDH, as cortes domésticas que realizam a interpretação e aplicação da CADH e da jurisprudência da Corte IDH, os agentes estatais que exercem suas atribuições no campo dos direitos humanos, os acadêmicos que escrevem e lecionam sobre o direito interamericano, os políticos que defendem a agenda dos direitos humanos e os juízes e comissários do SIDH.

Como se pode perceber, tal “comunidade de prática” não é homogênea⁵⁰ e seus membros costumam ter diferentes – ou mesmo conflitantes – projetos e visões sobre os direitos humanos. Por derradeiro, ela não é constituída por um objetivo comum, mas sim pelo compartilhamento de práticas semelhantes e de uma mesma compreensão do significado social dessas práticas. Assim é que a “comunidade de prática” dos direitos humanos, no contexto do SIDH, compartilha uma mesma estrutura: suas instituições, seus atores, sua realidade e os desafios a serem superados na região. Isso não significa que seus membros concordem em todas as questões, o que intensifica o fenômeno dialógico (BOGDANDY; URUEÑA, 2020).

Com base em tais ponderações, Bogdandy e Urueña (2020) apontam que o valor agregado pelo reconhecimento da “comunidade de prática” consiste no fato de que

for all the differences in approach and interpretation, all actors in the community shared a minimal understanding, a mutual agreement, on the kind of practice they are engaging with: basically, interpreting legal text under a given judicial authority with an aim to change what they see as a deeply deficient social reality. It only takes a minimal level of common understanding to build such a community of practice, which

⁵⁰ Bogdandy e Urueña (2020) ressaltam que, apesar de não haver homogeneidade entre os membros, o conceito de “comunidade de prática” pressupõe a existência de *outsiders*: em primeiro lugar, os agentes que simplesmente não estão comprometidos com o direito interamericano; em segundo lugar, aqueles que procuram minar as práticas da comunidade ou o entendimento compartilhado de seu significado social. Como exemplo, os autores citam a carta elaborada pelos presidentes da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai em abril de 2019, a qual exortou que as instituições do SIDH demonstrassem maior respeito ao princípio da subsidiariedade, aplicassem métodos de interpretação mais restritivos e atuassem em consideração às peculiaridades políticas, econômicas e sociais dos Estados que integram o sistema. Se por um lado a carta demonstra o reconhecimento dos presidentes de que fazem parte da comunidade, por outro ela pode ser interpretada como uma estratégia para desmantelar o sistema ou alterar suas premissas básicas, circunstância que atribui aos referidos chefes de Estado o papel de *outsiders*.

often blossoms with heated controversy over valid interpretations of the Convention (p. 418).⁵¹

Nesse contexto, o diálogo deliberativo se destina a um propósito específico e visa alcançar um consenso na resolução de problemas coletivos, determinando-se qual opinião ou solução é melhor aplicável ao caso. Claes e Visser (2012) indicam três condições para seu exercício:

First, the participants must recognize each other as equal partners, and are equally entitled to put forward their views, to make proposals, to defend particular options and to take part in the final decision. No hierarchy must confer in advance on one or more of the participants the authority to settle the disagreements. Second, deliberative dialogues must consist in a process of rational persuasion, not coercion, with all partners being open to critical analysis of their views, and none imposing their views on the others. Third, this type of dialogue aims at achieving an end result, and hence participants must justify their positions, in order to defend their position and convince the others. Of course, there are situations where no agreement can be found, and partners must agree to disagree, or compromise. These three conditions could be termed equality, rationality and reasoned (p. 103).⁵²

Considerando a ausência de escalonamento hierárquico entre as variadas ordens jurídicas, o diálogo deve ser pautado no respeito recíproco e na cooperação para se obter o melhor resultado possível de acordo com os objetivos comuns. Em se tratando da relação entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, é fácil concluir que tal objetivo compreende a maximização da proteção dos direitos humanos, o que implica o fenômeno da “substancialização do direito, no qual há a primazia da melhor proteção da pessoa humana, independentemente da fonte, na compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana demanda um olhar fundado essencialmente na melhor proteção” (BORGES; PIOVESAN, 2019, p. 9).

⁵¹ Apesar de todas as diferenças de abordagem e interpretação, todos os atores da comunidade compartilham um entendimento mínimo, um acordo mútuo, sobre o tipo de prática que estão promovendo: basicamente, a interpretação do texto jurídico, submetido a uma determinada autoridade judicial, que objetiva mudar aquilo que enxergam como uma realidade social profundamente deficiente. Leva apenas um nível mínimo de compreensão para construir essa comunidade de prática, a qual frequentemente floresce com a controvérsia sobre as interpretações válidas da Convenção (tradução livre).

⁵² Em primeiro lugar, os participantes devem reconhecer-se mutuamente como parceiros iguais e que têm a mesma prerrogativa de apresentar os seus pontos de vista, de fazer propostas, de defender opções próprias e de tomar parte na decisão final. Nenhuma hierarquia deve conferir antecipadamente a um ou mais dos participantes a autoridade para dirimir as divergências. Em segundo lugar, os diálogos deliberativos devem consistir em um processo de persuasão racional, não de coerção, com todos os parceiros abertos à análise crítica de seus pontos de vista e nenhum impondo seus pontos de vista aos outros. Terceiro, este tipo de diálogo visa alcançar um resultado final e, portanto, os participantes devem motivar suas posições, a fim de defendê-las e convencer os demais. Evidentemente existem situações em que nenhum acordo pode ser encontrado e os parceiros devem concordar em discordar ou chegar a um acordo. Essas três condições podem ser chamadas de igualdade, racionalidade e raciocínio (tradução livre).

O diálogo entre as fontes de proteção interna e internacional é exercido, portanto, mediante o princípio *pro persona* (ou *pro homine*)⁵³ e com o escopo de determinar qual é a norma mais favorável aos direitos humanos no aspecto substancial ou material,⁵⁴ em contraposição ao critério de hierarquia formal, de cunho intransigente. A origem desse parâmetro hermenêutico encontra-se nos “vasos comunicantes” (“cláusulas dialógicas” ou “cláusulas de retroalimentação”), previstos nos próprios tratados internacionais de direitos humanos, que são responsáveis por interligar a ordem jurídica internacional e a ordem estatal, retirando a possibilidade de antinomias e orientando para a determinação da norma que deve prevalecer no caso concreto (MAZZUOLI, 2019a).

O princípio *pro persona* tem impacto direto na construção do conteúdo e alcance tanto dos direitos humanos como das obrigações estatais. Ele incide na definição de parâmetros de controle dos atos e normas jurídicas, bem como na identificação da opção interpretativa mais favorável a estes. Por fim, é considerado como um critério de solução de antinomias, inclusive na relação entre normas constitucionais e internacionais (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013b).

Pinto (1997) elucida que o referido princípio constitui critério hermenêutico que informa os direitos humanos e orienta para a aplicação da norma mais ampla ou interpretação extensiva no reconhecimento de direitos protegidos; e, inversamente, da norma ou interpretação mais restrita na definição de limitações permanentes ou suspensão extraordinária ao exercício desses direitos. Em suma, coincide com a característica fundamental dos direitos humanos: estar sempre a favor do ser humano.

Da mesma forma, Conci (2014, p. 9) considera que:

esse paradigma se constrói por sobre a perspectiva de que é a pessoa humana, e não o Estado-parte, quem suporta como fundamento e para onde confluem como destinatários os objetivos de tutela do direito internacional dos direitos humanos e, nesse sentido, sendo a tutela das liberdades dos indivíduos o fim último de qualquer sistema jurídico, importa mais o como se protege, a intensidade da proteção, do que o *locus* ou a fonte de onde deriva a proteção.

Conforme se vê, na atual conjuntura os agentes internos e internacionais deixam de atuar de forma independente para incorporar um mecanismo de coordenação e

⁵³ Para uma abordagem mais circunstanciada acerca do aludido princípio, notadamente no contexto do SIDH, cf. Capítulo 5, Seção 5.2.2.

⁵⁴ Ressalva-se que, apesar de admitir o diálogo das fontes baseado no princípio *pro persona*, Mazzuoli (2019a) propõe a teoria do “monismo internacionalista dialógico” e argumenta que os tratados internacionais sempre prevalecem sobre a ordem jurídica interna. De acordo com o autor, ainda que o diálogo resulte na aplicação de norma doméstica, por ser mais favorável à tutela dos direitos humanos, tal situação se dá apenas em razão da existência de cláusula dialógica – fixada, ressalta-se, pelo direito internacional – que autoriza uma hierarquia de valores (substancial ou material) na resolução de conflitos e permite a incidência da norma mais benéfica no caso concreto. As reflexões em questão divergem da tese defendida no presente capítulo, que é justamente a superação da proposta monista e a consolidação de um horizonte teórico pluralista heterárquico.

complementaridade, pautado na busca pela cooperação e pelo diálogo com a finalidade última de assegurar a aplicação da norma mais favorável à pessoa humana (CALIXTO; CARVALHO, 2017). Percebe-se a ascensão de um novo espaço público, que corresponde a uma rede complexa e integrada por diferentes instituições e sistemas jurídicos e que se opõe a qualquer forma de hierarquia, estruturando-se em torno do princípio *pro persona*, isto é, da maximização da proteção do indivíduo (FACHIN, 2020).

Por conseguinte, o novo horizonte teórico, que sucede as desgastadas teorias do monismo e do dualismo, aponta para um diferente caminho a ser seguido, baseado no pluralismo heterárquico, no diálogo e na maximização da proteção dos direitos humanos, tendo por objetivo a harmonização das ordens jurídicas e a conjugação de esforços em prol da salvaguarda e emancipação do ser humano.

3.4 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Constituição da República de 1988 representou o início de um promissor fenômeno de integração entre o ordenamento jurídico brasileiro e o movimento internacional de proteção de direitos humanos: ela estabeleceu como princípio das relações internacionais a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, II), consagrou uma generosa cláusula de abertura do catálogo de direitos fundamentais às disposições contidas em tratados internacionais (artigo 5º, § 2º) e formalizou o compromisso do Estado Brasileiro em propugnar pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (artigo 7º, ADCT).

Sob esse novo marco constitucional, o Brasil aderiu a diversos tratados do Sistema ONU, destacando-se: o PIDCP, o PIDESC, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, etc. No SIDH, é possível citar a CADH, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, entre outras.

Em que pese o contexto histórico desfavorável⁵⁵ experimentado pelo Brasil quando das discussões e elaboração da CADH (núcleo jurídico do SIDH) e a demora na ratificação do aludido tratado internacional⁵⁶, certo é que a nova ordem de redemocratização e valorização da dignidade da pessoa humana, instalada pela Constituição de 1988, reivindicava um mecanismo supranacional, convencional e de caráter contencioso, que fosse capaz de assegurar a efetividade dos compromissos assumidos externamente pelo Brasil em matéria de direitos humanos face a potenciais rupturas democráticas e decisões de maiorias políticas de ocasião.

Com efeito, apesar de ter internalizado a CADH por meio do Decreto Presidencial n. 678, de 6 de novembro de 1992, foi apenas em 1998 que o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa obrigatória da Corte IDH: o Decreto Legislativo n. 89, de 3 de dezembro de 1998 autorizou tal reconhecimento, sendo sucedido pela transmissão de nota à Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 10 de dezembro daquele mesmo ano.^{57,58}

Desde que se submeteu à jurisdição da Corte IDH, o Brasil sofreu dez condenações pelo referido tribunal internacional, nos seguintes casos: Ximenes Lopes (2006), Escher (2009), Garibaldi (2009), Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) (2010), Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (2016), Favela Nova Brasília (2017), Povo Indígena Xucuru (2018), Vladimir Herzog (2018), Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus (2020) e Márcia Barbosa de Souza (2021).

3.4.1 A questão da hierarquia e da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro

⁵⁵ Ramos (2016) ilustra bem o cenário à época: “No contexto brasileiro, a repressão política e a violência do regime vicejavam. Em 1968, a ditadura havia editado o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, pelo qual a repressão se autoconcedeu poderes absolutos e fechou o Congresso Nacional. Esse ato formalizou o arbítrio, o abuso e a violação de direitos. Paradoxalmente, essa mesma Ditadura Militar, sob o comando do General Presidente Emílio Garrastazu Médici (que havia tomado posse em outubro de 1969, sucedendo uma Junta Militar), enviou representantes à Conferência de San José da Costa Rica, que foram recebidos normalmente pela OEA e participaram das discussões e votações. Médici, ao longo de seu mandato, tornou-se símbolo de violações maciças de direitos humanos do regime militar, tendo ocorrido em seu governo a prática de desaparecimento forçado e crimes contra a humanidade” (p. 222).

⁵⁶ A CADH foi concluída em 22 de novembro de 1969, tendo o Brasil promovido a ratificação apenas em 7 de setembro de 1992, já sob a égide da Constituição de 1988.

⁵⁷ Ressalta-se que a declaração de reconhecimento foi promulgada somente anos depois, por meio do Decreto Executivo n. 4.463, de 8 de novembro de 2002.

⁵⁸ Para rejeitar a autoridade da Corte IDH, o Estado Brasileiro precisaria denunciar a Convenção Americana como um todo, hipótese que, além de representar um retrocesso sem precedentes nas relações internacionais e na promoção dos direitos humanos, somente produziria efeitos *ex nunc* e, pois, não atingiria as sentenças já proferidas, conforme artigo 78 da CADH (WEICHERT, 2011).

A cláusula de abertura prevista no artigo 5º, § 2º da Constituição Brasileira de 1988 reproduz o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais. Apesar de introduzido pela primeira vez na Constituição de 1891, tal princípio, de forma inédita, passou a abranger não só os direitos implícitos decorrentes do regime político e dos princípios constitucionais, mas também aqueles baseados nos tratados internacionais celebrados pelo Estado Brasileiro (RAMOS, 2018).

Durante muito tempo, o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou no sentido de que os tratados internacionais, independentemente da matéria, estariam situados no mesmo plano hierárquico que as leis ordinárias federais. Tal entendimento foi inaugurado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE⁵⁹, que admitiu a derrogação de um tratado (Convenção de Genebra) por lei posterior, mediante aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*).

Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, o STF manteve esse posicionamento. De fato, no julgamento do Habeas Corpus n. 72.131/RJ, em 1995, o tribunal apreciou controvérsia relacionada ao impacto da proibição da prisão civil por dívida, prevista na CADH⁶⁰, sobre o ordenamento jurídico brasileiro. Apesar dos votos divergentes, prevaleceu o entendimento de que não haveria primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno.

Não obstante a posição do STF, ganharam força na doutrina vozes conferindo hierarquia constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos.⁶¹ Nesse sentido a tese de Piovesan (2018a), para quem o ordenamento constitucional brasileiro teria optado por um sistema misto disciplinador dos tratados, caracterizado pela combinação de dois regimes jurídicos distintos: um regime aplicável aos tratados tradicionais, com hierarquia infraconstitucional; e outro destinado aos tratados de direitos humanos, que ostentariam natureza constitucional em virtude da cláusula prevista no artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988 e de uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, voltada à prevalência dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵⁹ Piovesan (2018a) ressalva que, antes do referido recurso, o STF proferiu diversos acórdãos no sentido oposto, isto é, assinalando que o tratado internacional revogaria as leis anteriores com ele incompatíveis. Nesse contexto, a autora menciona a edição, sob a égide desse entendimento, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, que dispõe: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha” (artigo 98).

⁶⁰ A única exceção prevista pela CADH refere-se ao inadimplemento de obrigação alimentar (artigo 7, 7).

⁶¹ Tradicionalmente, são quatro as correntes doutrinárias acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos: (i) hierarquia supraconstitucional de tais tratados; (ii) hierarquia constitucional; (iii) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; e (iv) paridade hierárquica entre tratado e lei federal (PIOVESAN, 2018a).

Para tanto, a autora argumenta que o tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo artigo 5, § 2º, justifica-se pelo fato de os tratados internacionais de direitos humanos apresentarem caráter especial. Isso porque, diversamente dos tratados comuns, que buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda do ser humano, de modo que transcendem meros compromissos estatais recíprocos (PIOVESAN, 2018a).

Da mesma forma, Cançado Trindade⁶² (1999) critica a tese de paridade entre os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação infraconstitucional, que foi mantida pelo STF após a entrada em vigor da Constituição de 1988. De acordo com o autor, a redação do artigo 5º, § 2º seria muito clara ao rejeitar tal opção interpretativa, de maneira que o problema residiria, na verdade, não em uma questão de direito, mas na ausência de disposição do Poder Judiciário. E acrescenta:

não é razoável dar aos tratados de proteção dos direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, - que na verdade não existem, - mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 67).

Em um cenário de amplas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 45/2004, por meio da qual acrescentou-se um novo parágrafo ao artigo 5º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (§ 3º).

Em que pese a intenção do legislador em solucionar a controvérsia hermenêutica, o teor do § 3º do artigo 5º acabou por dificultar a interpretação extensiva do § 2º, nos moldes propostos por Piovesan (2018a) e Cançado Trindade (1999), porquanto limitou a concessão de *status* constitucional apenas aos tratados de direitos humanos incorporados segundo o novo procedimento estabelecido.

⁶² O referido jurista foi responsável pela proposição à Assembleia Nacional Constituinte que ensejou a inserção da cláusula de abertura do artigo 5, § 2º na Constituição de 1988. Seu propósito era a pronta adesão do Estado Brasileiro aos Pactos Internacionais de Direitos Humanos da ONU e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CANÇADO TRINDADE, 1999).

O § 3º representou, ademais, um retrocesso na proteção assegurada aos direitos humanos, pois (i) dificultou o processo de internalização dos tratados de direitos humanos e (ii) teria aplicação, em tese, somente aos tratados aprovados após a sua promulgação, uma vez que sua redação se omite em relação aos tratados e convenções incorporados anteriormente (SILVEIRA; MEYER-PFLUG, 2012).

Em análise da referida emenda, Piovesan (2018a) argumenta que, por força do artigo 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de aprovação, seriam materialmente constitucionais e comporiam o “bloco de constitucionalidade”. A previsão do § 3º apenas reforçaria essa natureza constitucional, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados no âmbito jurídico interno. Por essa razão, inclusive, não seria razoável sustentar que os tratados já incorporados antes da emenda à Constituição fossem equiparados à lei federal. A autora conclui que:

com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do do § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal (PIOVESAN, 2018a, p. 216).

Alguns autores, como Conci (2013), defendem a inconstitucionalidade da EC n. 45/2004,

porque, entre outras razões, produz um retrocesso inconstitucional, inadmissível em matéria de direitos humanos, visto que, no Brasil, a partir da Emenda 45/2004, atribuir *status* formal de norma constitucional àquelas derivadas de tratados de direitos humanos é uma tarefa muito mais árdua do que reformar a própria constituição – uma vez que demanda a participação, em algumas de suas fases, do próprio Presidente da República. Além do mais, se a prevalência dos direitos humanos é um dos princípios fundamentais da nossa Constituição, o processo, tal qual formulado, afronta tal princípio constitucional, pois dificulta a sua proteção (CONCI, 2013, p. 15).

Em voto apresentado no julgamento do caso Ximenes Lopes v. Brasil (2006), Cançado Trindade considerou o § 3º “mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal de 1988” (§ 30), daí por que “põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização” (§ 31).

O STF se debruçou novamente sobre o tema da hierarquia de tratados no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP e, revisitando sua jurisprudência, entendeu que os tratados internacionais sobre direitos humanos gozam, em regra, de hierarquia supralegal e

infraconstitucional. A questão de fundo mais uma vez envolveu o tema da prisão civil por dívida, tendo o tribunal deliberado que, apesar de a Constituição de 1988 facultar ao legislador a imposição de prisão civil do depositário infiel (artigo 5º, LXVII), o artigo 7.7 da CADH teria “paralisado” os efeitos das normas infraconstitucionais que disciplinavam a matéria.

A tese que prevaleceu foi capitaneada pelo ministro Gilmar Mendes, que sustentou que a EC n. 45/2004 representou “declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais”⁶³. Assim, “os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade”⁶⁴.

Oportuno destacar a posição minoritária assumida pelo ministro Celso de Mello, que atribuiu natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos e reconheceu três situações distintas: (i) tratados de direitos humanos incorporados à ordem interna em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988, os quais revestem-se de índole constitucional, pois recebidos dessa forma pelo § 2º do artigo 5º; (ii) tratados de direitos humanos celebrados após a promulgação da EC n. 45/2004, os quais devem observar o “*iter*” procedimental estabelecido pelo § 3º do artigo 5º para se impregnarem de natureza constitucional; e (iii) tratados de direitos humanos aderidos entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC n. 45/2004, os quais assumem caráter materialmente constitucional, integrando o bloco de constitucionalidade.⁶⁵

O voto do ministro Celso de Mello demonstra que, embora a atual formulação da cláusula de abertura da Constituição Brasileira de 1988 – consubstanciada na redação dos artigos 5º, §§ 2º e 3º – demande esforços hermenêuticos, a problemática da efetividade dos tratados internacionais de direitos humanos no plano jurídico doméstico não decorre da insuficiência do texto constitucional, mas essencialmente da resistência do Judiciário em levar a sério os compromissos internacionais. Nesse sentido, Cançado Trindade (1999), em reflexão sobre o § 2º, aduz o seguinte:

O problema – permito-me insistir – não reside na referida disposição constitucional, a meu ver claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*)” (p. 68).

⁶³ Voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Especial n. 466.343/SP, p. 10.

⁶⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Especial n. 466.343/SP, p. 20.

⁶⁵ Voto do Ministro Celso de Mello no Recurso Especial n. 466.343/SP, p. 27-28.

De fato, não se ignora a possibilidade de aperfeiçoamento da cláusula de abertura brasileira, tal como ocorreu, por exemplo, na revisão constitucional de 2011 da Constituição Mexicana⁶⁶, a qual produziu três grandes mudanças: (i) inseriu categoricamente as normas de direitos humanos previstas na constituição e nos tratados internacionais no mesmo plano hierárquico; (ii) definiu o critério material *pro persona* para aplicação de tais normas; e (iii) estabeleceu uma obrigação expressa para todas as autoridades estatais, no âmbito de suas respectivas competências, de promover, respeitar, proteger e garantir os direitos humanos.

Em que pese tal ponderação, entende-se que a interpretação sistemática da redação atual da Constituição Brasileira, que subsidiou o voto do ministro Celso de Mello e as posições de Cançado Trindade (1999) e Piovesan (2018a), já permite o reconhecimento da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, daí por que eventual reforma, embora possa ser considerada desejável, não se mostra indispensável para o avanço do tema no marco jurídico nacional.

No que diz respeito à incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna, o STF entende que o sistema jurídico brasileiro comporta um dualismo moderado. Ao deliberar sobre medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF, o tribunal fez constar no acórdão que

o exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.

⁶⁶ Para aprofundamento do tema, cf. García Ramírez e Sánchez (2011).

Tal posição do tribunal é igualmente criticada por Cançado Trindade⁶⁷ (1999) e Piovesan⁶⁸ (2018a), ambos defensores da tese de que os direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos possuem aplicabilidade direta e imediata na ordem jurídica nacional, por força do artigo 5º, §§ 1º e 2º.

3.4.2 Por uma concepção pluralista da Constituição de 1988

Apesar da importância da temática da hierarquia e internalização dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito da engenharia constitucional brasileira, que ocupou grande parte da produção doutrinária sobre direito internacional dos direitos humanos no país e possui significativo impacto sobre a delimitação do “bloco de constitucionalidade” e o consequente exercício dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, entende-se que a controvérsia não detém grande relevância no aspecto específico do que se denomina no presente trabalho de “convencionalização” do Estado Constitucional.

Isso porque, sob a ótica pluralista do Estado Constitucional Convencionalizado, percebe-se a incidência simultânea de dois fluxos normativos distintos – igualmente legítimos e que se entrelaçam de modo heterárquico – no campo da salvaguarda dos direitos humanos fundamentais: o fluxo nacional, que envolve a constitucionalização do ordenamento jurídico e encontra no STF sua autoridade interpretativa final; e o fluxo internacional, relacionado à convencionalização do espaço jurídico, tendo por intérpretes autênticos os organismos internacionais e, no âmbito do SIDH, a Corte IDH, como será visto mais adiante.

A distinção entre esses dois fluxos baseia-se nas premissas já mencionadas do pluralismo constitucional de Walker (2002a), sobretudo nos critérios de governança (*governance criteria*) da dimensão conceitual do constitucionalismo: presença de competência jurisdicional, autonomia interpretativa conferida a determinado órgão e formação/regulação de uma estrutura institucional de “governo”, os quais permitem a aceitação da coexistência de

⁶⁷ Cançado Trindade (1999) assim discorre acerca da matéria: “Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os parágrafos 2 e 1 do artigo 5 da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno” (p. 66-67).

⁶⁸ Conforme Piovesan (2019), diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais insculpido no artigo 5º, § 1º, os tratados de direitos humanos, tão logo ratificados, já irradiam efeitos na ordem jurídica internacional e interna, sendo dispensada a edição de decreto de execução (incorporação automática). Tal sistemática seria divergente do *iter* procedimental de incorporação dos tratados tradicionais (incorporação não automática).

múltiplas ordens jurídico-constitucionais – no caso, a nacional e a internacional – que promovem a regulação social sobre um mesmo território, sem que haja uma estrutura hierárquica estabelecida.

Nesse panorama, ganha respaldo a teoria do duplo controle de direitos humanos, proposta por Ramos (2016), segundo a qual uma norma jurídica doméstica só pode ser considerada válida se for compatível tanto com a Constituição (controle de constitucionalidade) como com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados (controle de convencionalidade), observando-se as interpretações deduzidas, respectivamente, pelo STF e pelos organismos internacionais.^{69,70} A esse respeito, Martins e Moreira (2011) discorrem:

Em relação à compatibilização vertical das normas no ordenamento jurídico, a Constituição do Estado deixou de ser a exclusiva norma-parâmetro de controle com potencial de supremacia. Desenvolve-se um novo parâmetro de controle vertical das normas estatais: os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Por isso, urge uma adequação do direito estatal às tratativas internacionais celebradas - sobretudo as que versem sobre os direitos humanos - (uma dupla compatibilização vertical de normas aprovadas internamente, porque tais normas devem ser compatíveis tanto com a Constituição, como com os tratados internacionais de direitos humanos, oriundos do direito internacional) (p. 469).

Destarte, a mera compatibilidade de uma norma jurídica com o texto constitucional não mais lhe garante validade no plano do direito interno. Ao tratar da eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos, Conci (2014) distingue a função destes em ambiente nacional (controle de constitucionalidade) e internacional (controle de convencionalidade).

Em ambiente nacional, para que constituam parâmetro de controle de validade de leis ou outros atos normativos (constitucionalidade), devem completar todo o *iter* processual de internalização estabelecido pelo direito constitucional nacional, que exige, segundo a doutrina majoritária e a jurisprudência do STF⁷¹, o cumprimento de fases internacionais (assinatura,

⁶⁹ O Ministro Celso de Mello igualmente já fez referência a um “duplo controle da ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico” (Voto do Ministro Carlos Brytto no julgamento do Habeas Corpus n. 87.585-5/TO, intervenção do Ministro Celso de Mello, p. 3).

⁷⁰ Ramos (2018) invoca tal teoria na tentativa de solucionar a crise dos “tratados internacionais nacionais” e superar o conflito entre decisões sobre direitos humanos. Segundo ele, o duplo controle parte da constatação de uma separação de atuações entre os tribunais constitucionais e internacionais, que implicaria a inexistência de conflito real entre eventuais decisões divergentes, uma vez que cada tribunal age em esfera distinta e com fundamentos diversos. As reflexões do autor possuem como pano de fundo as posições opostas assumidas pelo STF e pela Corte IDH a respeito da Lei de Anistia brasileira. Com fundamento na teoria do duplo controle dos direitos humanos, poder-se-ia concluir que a referida lei passou pelo controle de constitucionalidade realizado pelo tribunal constitucional doméstico no âmbito da ADPF n. 153, mas não pelo controle de convencionalidade exercido pelo tribunal interamericano nos casos “Guerrilha do Araguaia” (2010) e Vladimir Herzog (2018), razão pela qual ela careceria de efeitos jurídicos. Para melhor entendimento da questão, cf. Marino e Carvalho (2020).

⁷¹ Apesar de reconhecer que prevalece, na doutrina e na jurisprudência do STF, a tese da necessidade da promulgação e publicação do conteúdo do tratado, Conci (2014) discorda da referida posição majoritária, argumentando que: “dada conjugação das normas jurídicas que se extraem dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da CF/1988, os direitos decorrentes de tratados, dada sua aplicabilidade imediata, dependem unicamente da ratificação por

ratificação e depósito) e internas (promulgação e publicação). Por outro lado, em ambiente internacional, se tornam parâmetro de controle (convencionalidade) desde a ratificação, momento em que iniciam a produção de efeitos jurídicos e passam a obrigar o Estado perante outros Estados ou organismos multilaterais (CONCI, 2014).

O que difere esses dois controles de validade é exatamente o paradigma adotado, uma vez que são canalizados a partir de fluxos normativos distintos. Se realizado a partir da Constituição ou de outra norma nacional, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos internalizados, o controle não será de convencionalidade (CONCI, 2013). Em consequência,

todo e qualquer controle exercido sendo o paradigma um tratado no cenário nacional, utilizando-se de norma nacional para controlar outra norma nacional, não está a tratar de controle de convencionalidade. Está, sim, a se falar em controle de constitucionalidade, de legalidade, ou outro meio de resolução do conflito de normas jurídicas, visto que sempre, nesses casos, impera o critério estrutural hierárquico ou, ainda, temporal ou especial, de modo que esses critérios não se adequam ao controle de convencionalidade, que exige critérios materiais para resolução de eventuais conflitos entre direitos humanos previstos em ordens jurídicas que se entrelaçam, como é o caso do direito interno e do direito internacional dos direitos humanos (CONCI, 2013, p.15).

Por essa lógica, nota-se que a definição da posição hierárquica que os tratados internacionais de direitos humanos ocupam na ordem jurídica doméstica, após o processo de internalização exigido pelo ordenamento constitucional, somente é relevante na análise do fluxo nacional e, conseqüentemente, do controle de constitucionalidade tendo como paradigma o tratado internalizado. Assim, em nada afeta o fluxo internacional – objeto da presente pesquisa –, cuja harmonização jurídica se opera pelo controle de convencionalidade, a partir de momento e critérios diferenciados, o que será verificado na sequência.

Magalhães (2015) reforça a necessidade de se adotar uma abordagem pluralista da Constituição de 1988 diante da adesão do Brasil ao SIDH, destacando que o nível regional de proteção dos direitos humanos não é “mais um conjunto de direitos oriundos da internalização de um tratado internacional, mas direitos derivados de fonte diversa da Constituição, cujos conteúdos são desenvolvidos por instituição que lhes atribui características constitucionais” (p. 182). Isso implica que “as produções normativas constitucionais são apenas uma fonte de direito no país e concorrem com as fontes oriundas do nível regional (os tratados que formam o sistema interamericano e as manifestações da CIDH e da CtIDH [Corte IDH])” (p. 183).

parte do Estado brasileiro. Ademais, não compactuo com a possibilidade, ilógica e contrária a uma percepção sistemática do direito, e, mais especificamente, das obrigações do estado, de que a ratificação aponte obrigações internacionais ao estado brasileiro, mas que, internamente, não o obrigue” (p. 8).

Nesse sentido, a integração entre os diferentes níveis de proteção de direitos humanos não se contenta com a simples transformação do tratado em norma interna e, por conseguinte, com a solução de possíveis conflitos normativos por meio dos critérios tradicionais da ordem jurídica doméstica (hierárquico, cronológico e de especialidade). Não se resume, portanto, à (in)definição da hierarquia constitucional dos tratados no plano interno. Na perspectiva do pluralismo constitucional, “a operação entre as múltiplas fontes jurídicas é caracterizada pela sua sobreposição e interação mútua constante, independentemente dos *status* atribuídos a cada uma nos diversos ordenamentos” (MAGALHÃES, 2015, p. 183).

Com fundamento na tese do pluralismo constitucional (WALKER, 2002a), o presente trabalho defende que a Constituição de 1988, com seus dispositivos que absorvem e integram o direito internacional dos direitos humanos, deve ser aplicada e interpretada sob um novo paradigma jurídico.

Avança-se, assim, de um contexto teórico marcado pela dicotomia monismo-dualismo, que ensejou diversas reflexões jurisprudenciais e doutrinárias relacionadas à incorporação/hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos e baseadas num sistema jurídico autorreferencial e isolado, para um horizonte teórico aberto, comprometido com o pluralismo heterárquico, o diálogo e uma perspectiva substancialista⁷² dos direitos humanos fundamentais.

Para a consolidação desse novo paradigma jurídico, é necessária disposição dos atores jurídicos internos e internacionais, não só na esfera jurisdicional, mas também nos campos legislativo e administrativo. Com base especialmente na cooperação recíproca, deve-se construir um diálogo amplo no plano nacional-regional-global, a partir de uma abordagem centrada na máxima proteção do ser humano.

Como ferramenta essencial para esse novo paradigma jurídico, tem-se o controle de convencionalidade, que instrumentaliza o diálogo e promove a harmonização entre os ordenamentos jurídicos interno e internacional, conforme exposto no capítulo a seguir.

⁷² Conci (2014) aduz, em reflexão sobre a relação entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos baseada no princípio *pro persona*, que “prevalece uma perspectiva substancialista dos direitos humanos, não mais bastando a separação entre monismo e dualismo, visto que também aqui se parte de uma perspectiva meramente estrutural. Isso porque não se trata da necessidade de intermediação estatal para a imposição de tal ou qual norma jurídica derivada do direito internacional ou, de outro lado, da pura ou simples imposição da norma jurídica de direito internacional” (p. 10).

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Nas últimas décadas, houve um grande fortalecimento da jurisdição da Corte IDH que, cada vez de modo mais frequente, tem empregado a técnica do controle de convencionalidade para determinar a responsabilidade dos Estados pelo descumprimento de suas obrigações convencionais e, mais do que isso, para difundir um parâmetro regional de proteção dos direitos humanos.

Se, em um primeiro momento, a tarefa de realizar o controle de convencionalidade difuso foi atribuída aos magistrados nacionais, os progressos na jurisprudência da Corte IDH permitem a constatação de que atualmente essa obrigação têm demandado uma atuação proativa dos demais agentes estatais.

Além disso, em que pese o artigo 68.1 da CADH disponha que os Estados contratantes se obrigam a respeitar as sentenças proferidas pela Corte IDH apenas nas demandas em que forem partes, a construção jurisprudencial interamericana tem avançado para consolidar uma espécie de efeito *erga omnes* do controle de convencionalidade concentrado, por meio da doutrina da *res interpretata*.

Diante disso, objetiva-se, neste capítulo, analisar a evolução da técnica do controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte IDH. Para alcançar essa finalidade, inicialmente são tecidas breves considerações sobre o SIDH e o funcionamento de seus principais órgãos. Após, é abordado o surgimento do controle de convencionalidade na jurisprudência interamericana. Na sequência, são identificados os avanços, observados nos fundamentos jurisprudenciais, quanto aos atores legitimados a realizar o dito controle. Ao final, são analisados os efeitos produzidos pelo controle em sede concentrada e a respectiva eficácia objetiva dos pronunciamentos do tribunal regional interamericano, a qual impacta a organização de todos os Estados do SIDH.

4.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O processo de expansão da proteção internacional dos direitos humanos resulta da premissa de que tais direitos são inerentes à própria condição humana e antecedem a todas as formas de organização política, daí por que sua proteção não deve se esgotar na ação estatal.

Desde a Declaração Universal de 1948, houve a multiplicação dos tratados e instrumentos de direitos humanos, sendo conquistada, por conseguinte, a capacidade processual dos indivíduos para acesso às múltiplas instâncias internacionais (CANÇADO TRINDADE, 1997).

De acordo com Bobbio (2004), apenas seria possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos humanos no momento em que uma jurisdição internacional conseguisse “impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado [...] para a garantia contra o Estado” (p. 23). Nesse panorama é que foram engendrados mecanismos supranacionais incumbidos de detectar e responsabilizar eventuais violações a esses direitos, bem como fixar reparações ou sanções cabíveis para os Estados. Quanto ao âmbito geográfico de atuação, tem-se, atualmente, o sistema global, que compreende os órgãos da estrutura da ONU, e os sistemas regionais: o europeu, o interamericano e o africano (RAMOS, 2016).

O SIDH é integrado por dois regimes de apuração de violações de direitos humanos que coexistem no âmbito da OEA: o primeiro possui respaldo na Carta da OEA e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), sendo integrado por todos os 35 Estados do continente americano, os quais fazem parte da referida organização; e o segundo, na CADH, composto atualmente por 23 Estados⁷³ (RAMOS, 2016).

O sistema regional interamericano ostenta um componente político-ideológico que se funda “*en las convicciones compartidas acerca del papel del hombre, la sociedad y el Estado en la vida colectiva, que coloca a aquél en el centro de la escena y exalta la misión y la exigencia de la democracia*”⁷⁴ (GARCÍA RAMÍREZ, 2011, p. 129-130). Por sua vez, a proteção conferida pelo SIDH é complementar (coadjuvante) àquela oferecida no âmbito do direito interno dos Estados. Ou seja, não retira dos Estados a competência primária de amparar e proteger os direitos das pessoas sujeitas a sua jurisdição, mas autoriza que, nos casos de falta de amparo ou proteção aquém da necessária, o sistema regional atue de modo concorrente para o objetivo comum de tutelar determinado direito (MAZZUOLI, 2019a).

Isso se dá em virtude do princípio da subsidiariedade, que estrutura o direito internacional e permite explicar a lógica de articulação entre as diferentes ordens jurídico-institucionais (nacional e internacionais). Seu reconhecimento confere um grau de discricionariedade aos Estados na interpretação e implementação das obrigações internacionais

⁷³ No total, foram 25 Estados americanos que ratificaram a Convenção, porém dois deles a denunciaram em momento posterior: Trinidad e Tobago e Venezuela.

⁷⁴ Em convicções compartilhadas sobre o papel do homem, da sociedade e do Estado na vida coletiva, que coloca o primeiro no centro da cena e exalta a missão e a exigência pela democracia (tradução livre).

em matéria de direitos humanos, porém, ao mesmo tempo, demanda que estes promovam a harmonização com a jurisprudência internacional. Possibilita, assim, uma integração entre os níveis internacional, doméstico e subnacional, com base em uma visão universalista da dignidade humana, ao tempo em que fortalece o pluralismo, segundo uma lógica de assistência e cooperação (KLETZEL; TIMO; CÁRDENAS; CHILLIER, 2015).

A noção de subsidiariedade, que norteia o funcionamento do SIDH, pressupõe que os Estados estão melhor posicionados para prevenir e responder adequadamente às violações de direitos humanos, de forma que apenas na hipótese em que o aparato estatal não promove a proteção adequada e efetiva do direito correspondente é que se torna possível recorrer à esfera internacional (KLETZEL; TIMO; CÁRDENAS; CHILLIER, 2015). Tal premissa, evidentemente, diz respeito apenas à operação dos procedimentos e mecanismos de proteção, porquanto o *corpus juris* substantivo do direito interamericano e do direito interno, no campo da proteção dos direitos humanos, forma um todo harmônico, cuja aplicação nos casos concretos baseia-se na primazia da norma mais favorável às vítimas, independentemente da origem internacional ou nacional (CANÇADO TRINDADE, 1999).

A subsidiariedade reconhece, portanto, os limites de envolvimento do sistema regional de proteção de direitos humanos e, ao mesmo tempo, concede um grau necessário de autonomia aos processos políticos nacionais, de modo a assegurar o maior nível de eficácia e observância possível aos direitos humanos. Desse modo, o SIDH foi instituído para desempenhar suas funções com base em critérios que respeitem a autonomia dos Estados, tais como a exigência do esgotamento de recursos internos e a regra da “quarta instância”, segundo a qual o sistema deve se abster de rever as decisões adotadas por tribunais domésticos em processos que não são diretamente regulados pelo direito interamericano e que atenderam às garantias do devido processo (ABRAMOVICH, 2009).

Com efeito, a Carta da OEA foi aprovada em Bogotá no ano de 1948 e criou uma organização intergovernamental tendo por objetivos: a garantia da paz e segurança internacionais, a cooperação e ação solidária, a promoção da democracia representativa, a promoção dos direitos humanos e erradicação da pobreza, o desenvolvimento econômico e social e a prevenção de conflitos e busca de solução pacífica de controvérsias. Concomitantemente, houve a adoção da DADH, que catalogou uma série de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (RAMOS, 2016).

Para dar cumprimento ao objetivo de promoção dos direitos humanos, foi criada a CIDH na V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores da OEA, realizada em 1959 em Santiago. Após a elaboração de seu Estatuto no ano de 1960 e posterior ampliação de

suas funções, a CIDH se consolidou como um componente internacional de supervisão dos compromissos assumidos pelos Estados, em matéria de direitos humanos, no âmbito da Carta da OEA e da DADH. Esse desenvolvimento institucional culminou na elaboração do Protocolo de Buenos Aires em 1967, o qual inseriu formalmente a Comissão na estrutura da OEA como órgão principal e autônomo e lhe conferiu a prerrogativa de receber e examinar petições sobre violações de direitos, bem como formular recomendações aos Estados (RAMOS, 2016).

Em 22 de novembro de 1969, foi aprovada a CADH, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica e que somente entrou em vigor em 1978. Em termos de estrutura de funcionamento, o regime inaugurado pela Convenção se baseou no modelo europeu e não no PIDCP, dado que contemplou, além de uma comissão encarregada de investigar violações de direitos humanos, também um tribunal especial para julgar os litígios daí decorrentes: a Corte IDH, cuja jurisdição só é obrigatória para os Estados-partes que a aceitam expressamente, segundo o procedimento estabelecido na convenção (COMPARATO, 2019).

Substancialmente, a convenção introduziu um extenso rol de direitos civis e políticos, de modo similar ao PIDCP e à Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH) (PIOVESAN, 2019), porém reservou um único dispositivo para tratar dos direitos econômicos, sociais e culturais: o artigo 26, que se limita a determinar um dever de progressividade aos Estados, na medida dos recursos disponíveis.^{75,76}

Foi necessária a aprovação de um protocolo adicional à Convenção em 1988, que ficou conhecido como Protocolo de San Salvador, para realmente se conferir um tratamento pormenorizado ao tema. Em que pese a relevância do dito instrumento adicional, o qual já em seu preâmbulo admite a relação indissolúvel entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais e estabelece, no texto principal, um amplo rol de direitos associados ao trabalho, às liberdades sindicais, à saúde, à previdência social, à educação e à cultura, o artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador apenas permitiu o acesso à jurisdição contenciosa da Corte IDH na hipótese de violação aos direitos sindicais (exceto o direito de greve) e à educação.

⁷⁵ Em análise crítica da redação literal do artigo 26, Bazán (2015b) pondera que negar a exigibilidade dos direitos sociais – ou mesmo compreendê-los como direitos incompletos ou meras promessas – seria incompatível com as características de universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, sendo certo que muitos direitos sociais, como a saúde e a alimentação, constituem pré-requisito para o exercício dos direitos civis e políticos. Além disso, Nogueira Alcalá (2009) afirma que todos os direitos são complexos e possuem dimensões individuais e coletivas, negativas e positivas, de abstenção e prestação, de forma que não haveria nenhum argumento válido para estabelecer uma diferença de natureza e tutela desses direitos: tanto os direitos individuais como os sociais demandam bens e gastos públicos.

⁷⁶ Apesar da redação tímida do artigo 26 da CADH, a Corte IDH realizou interpretação expansiva do dispositivo para admitir a justiciabilidade desses direitos no âmbito do SIDH, como será abordado na Seção 4.1.2.

Relevante destacar que a tentativa de restrição à justiciabilidade direta dos direitos sociais, em grande medida decorrente da influência dos sistemas global⁷⁷ e europeu⁷⁸ de direitos humanos, destoa do amplo reconhecimento jurídico conferido a esses direitos nos países da América Latina. Acerca do tema, Arango (2019) aponta que o constitucionalismo latino-americano se destaca justamente por atribuir aos direitos sociais *status* de direitos fundamentais, tendo em vista o pano de fundo da região marcado pela extrema pobreza, desemprego e intensa desigualdade.

De qualquer forma, o contexto inicial de implementação do mecanismo engendrado pela CADH diferiu-se consideravelmente do precursor Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH). De fato, a CEDH⁷⁹ havia representado um novo estágio de desenvolvimento para a proteção internacional dos direitos humanos, porquanto fora editada na forma de tratado com efeitos vinculantes aos Estados partes, estabelecera um mecanismo próprio para assegurar seu cumprimento e passara a oferecer prerrogativa de peticionamento perante os órgãos de Estrasburgo aos próprios indivíduos lesados (GARLICKI, 2012).

Algumas circunstâncias favoreceram o rápido e efetivo processo de implementação da CEDH: o contexto pós-segunda guerra na Europa foi caracterizado pelo fortalecimento da democracia, estabilização da economia e ausência de conflitos sociais significativos; o sistema europeu foi estruturado sob uma perspectiva tanto de direito material quanto de direito procedimental; e a linguagem da convenção foi desenhada de forma ampla e geral, conferindo liberdade ao TEDH para definir sua abordagem e significado (GARLICKI, 2012).

Já no âmbito do SIDH, a CADH foi concebida em um contexto histórico curioso, no qual a OEA era composta por ditaduras cujos projetos políticos eram caracterizados por intensa repressão e violência. Esse paradoxo pode ser explicado pela tentativa dos regimes da época – e, conseqüentemente, da própria OEA – de transmitir uma aparência de normalidade e

⁷⁷ O PIDESC, concebido sob os auspícios da ONU, não previu a criação de um comitê específico para monitorar o seu cumprimento, tal como ocorreu com o PIDCP. A lacuna revela a dificuldade dos Estados em admitir a força vinculante dos direitos sociais – que foi parcialmente suprida em 1985, quando o Conselho Econômico e Social da ONU decidiu transformar, por meio de resolução, um grupo de trabalho composto por dezoito especialistas em Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC). Posteriormente, no ano de 2008, foi adotado um protocolo facultativo ao PIDESC, que formalizou a criação do aludido comitê por meio de tratado, o qual apresentou, entretanto, baixa adesão estatal (RAMOS, 2018).

⁷⁸ Os direitos sociais somente receberam atenção no sistema europeu de direitos humanos a partir da Carta Social Europeia (CSE), considerada a “irmã pequena” da CEDH. Isso porque as obrigações estatais atribuídas pela CSE possuem menor potencial de exigibilidade, seja pela possibilidade de ratificação seletiva pelos Estados dos direitos que preferem considerar como vinculantes, seja pelo mecanismo de apuração de violações, que engloba decisões não vinculantes emitidas pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais, as quais são submetidas à aprovação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa (BINDER; SCHOBESBERGER, 2019).

⁷⁹ A CEDH entrou em vigor em 1953 e foi o primeiro tratado multilateral elaborado no âmbito do Conselho da Europa, sob forte influência dos ideais preconizados pela DUDH.

semelhança com outros Estados da sociedade internacional, com o escopo de simular um discurso de respeito aos direitos humanos e à democracia e obter, dessa forma, legitimação e apoio para sua perpetuação (RAMOS, 2016). Não se pode perder de vista, portanto, que o cenário latino-americano possuía um duplo desafio à época da consolidação do SIDH: romper definitivamente com o legado da cultura autoritária ditatorial e consolidar o regime democrático, com o pleno respeito de direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais (PIOVESAN, 2019).

Desse modo, diversamente da estabilidade democrática que permeou a consolidação do SEDH, houve uma imensa dificuldade inicial na implementação da CADH, uma vez que “sua redação era mais fruto da retórica do que da real adesão ao universalismo, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” (RAMOS, 2016, p. 223).

Sem embargo, após uma atuação voltada à desestabilização dos regimes ditatoriais e à justiça de transição⁸⁰, o SIDH avançou para o fortalecimento das instituições democráticas dos Estados, com o necessário combate a todos os tipos de violações de direitos humanos e a proteção dos grupos vulneráveis (PIOVESAN, 2016). A agenda do sistema regional acompanhou o ambiente político em que ele está inserido: se em um primeiro momento a América Latina enfrentou um dificultoso período de transição democrática, posteriormente as democracias recém constituídas passaram a ser ameaçadas pelo aumento da desigualdade social e pela exclusão de um vasto segmento populacional do sistema político e dos benefícios do desenvolvimento, que impuseram limitações estruturais ao exercício de direitos civis, políticos, sociais e culturais (ABRAMOVICH, 2009).

Nesses diferentes contextos, o potencial de contribuição do SIDH, para além das medidas reparatórias, reside em sua capacidade de definir parâmetros que orientam a atuação dos Estados quanto ao conteúdo e alcance de direitos, seja influenciando a jurisprudência das cortes nacionais, seja impactando a formulação de políticas públicas (ABRAMOVICH, 2009). Assim, o SIDH consagra um “constitucionalismo regional transformador” em matéria de direitos humanos no contexto latino-americano, tendo em vista seu gradativo empoderamento na proteção desses direitos e os impactos positivos produzidos, a emergência de constituições estatais que apresentam cláusulas de abertura ao direito internacional dos direitos humanos e o

⁸⁰ A justiça de transição compreende um processo de reconstrução da estabilidade democrática e institucional de um Estado após um contexto de guerras ou um quadro de violação sistemática de direitos humanos. Como ensina Van Zyl (2011), esse processo exige a conjugação de algumas medidas: a responsabilização dos autores de graves violações de direitos humanos, a revelação da verdade sobre os crimes passados, a concessão de reparações às vítimas, a reforma de instituições perpetradoras de abuso mediante mudanças radicais ou mesmo suas dissoluções e, finalmente, a reconciliação.

fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e justiça – que, organizada por meio de uma *transnational network*, passou a iniciar exitosos litígios estratégicos perante o mecanismo regional (PIOVESAN, 2016).

A atuação do SIDH, sob a ótica da subsidiariedade, tem levado em conta as restrições de capacidade de ação coletiva e de autodefesa dos grupos afetados pelas mais diversas violações de direitos. Em consequência, o mecanismo regional consegue dar voz aos setores mais vulneráveis da população, isto é, aqueles que permanecem fora do sistema de representação social ou política, que não conseguem acessar suficientemente a esfera pública, que não alcançam as estruturas de proteção social e judicial do Estado e que sentem que as regras do jogo político não oferecem saída e conduzem à reprodução das injustiças sociais (ABRAMOVICH, 2011).

Nesse panorama, Piovesan (2016, p. 89) resume a atual vocação institucional do SIDH:

O sistema interamericano é capaz de revelar as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região latinoamericana. O sistema apresenta uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana no âmbito da Organização dos Estados Americanos. Neste contexto, o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

A fim de analisar a arquitetura desse sistema regional, serão abordados, na sequência, os principais aspectos de funcionamento da CIDH e da Corte IDH.

4.1.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Conforme mencionado, a CIDH foi instituída, originariamente, para promover os direitos humanos no que se refere aos compromissos decorrentes da Carta da OEA e da DADH. Não obstante, desde a aprovação da CADH, a Comissão incorporou novas funções e passou a dispor de duplo tratamento normativo: de um lado, continuou a desempenhar as atribuições, como órgão integrante da OEA, que lhe foram conferidas em razão da Carta da OEA e da DADH; de outro, passou a atuar segundo o procedimento específico estabelecido pela CADH em relação aos Estados que a esta aderiram (RAMOS, 2016).

O próprio Estatuto da CIDH deixa claro esse duplo tratamento ao definir os direitos humanos já no primeiro dispositivo, cuja redação é a seguinte:

Artigo 1

1. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria.
2. Para os fins deste Estatuto, entende-se por direitos humanos:
 - a. os direitos definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos Estados Partes da mesma;
 - b. os direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados membros.

Além disso, o artigo 18 elenca as atribuições gerais da CIDH em relação aos Estados membros da OEA. O artigo 19, por seu turno, delimita as atribuições exercidas exclusivamente perante os Estados partes da CADH. Por fim, o artigo 20 prescreve as atribuições quanto aos demais Estados, que ainda não ratificaram a CADH. Há, portanto, uma relação de subsidiariedade: caso o Estado tenha ratificado a CADH, a Comissão atua segundo o procedimento estabelecido naquele tratado; em caso negativo, ela exerce suas atribuições sob a égide da Carta da OEA e da DADH, com trâmites de apuração distintos. Sintetiza Ramos (2016):

Por disposição expressa da Carta da OEA, partes expressivas das atribuições da Comissão só se desenvolverão sob a égide da Carta da OEA caso o Estado alvo ainda não tiver ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos. [...] O Estatuto da Comissão possibilita que ela receba petições individuais contendo alegadas violações a direitos humanos protegidos pela Carta da OEA e pela Declaração Americana, de maneira similar ao sistema de petição individual sob a égide da Convenção Americana de Direitos Humanos (p. 218-219).

A CIDH é composta por sete “comissários” (ou “comissionados”), que devem possuir alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos. Os membros são eleitos, a título pessoal, para mandatos de quatro anos, com possibilidade de uma única recondução. A eleição se dá no âmbito da Assembleia Geral da OEA a partir de uma lista de candidatos propostos pelos Estados membros da organização (RAMOS, 2018).

Segundo Piovesan (2020), a Comissão exerce um mandato transformador no âmbito do SIDH que se alicerça em três componentes essenciais: a centralidade das vítimas, o *corpus juris* interamericano como um patrimônio civilizatório regional e o instituto da reparação integral. No que diz respeito às suas funções:

Promover, monitorar e proteger os direitos humanos na região constituem a especial vocação da Comissão Interamericana, ao conjugar as funções conciliadora (por exemplo, ao buscar o alcance de soluções amistosas entre Estados e vítimas, quando da violação de direitos); assessora (por exemplo, ao recomendar a adoção de medidas aos Estados para promover direitos humanos); crítica (por exemplo, ao informar sobre a situação dos direitos humanos em um Estado membro da OEA, depois de ter ciência dos argumentos do Estado, quando persistirem essas violações); promotora (por exemplo, ao elaborar estudos sobre temas de direitos humanos, a fim de promover seu respeito); protetora (por exemplo, ao atuar em casos de extrema gravidade e urgência, a fim de evitar danos irreparáveis às pessoas); e preventiva (por exemplo, ao estimular

a cultura de direitos humanos na região, mediante cooperação técnica, com programas de capacitação aos mais diversos atores sociais, fortalecendo a institucionalidade e políticas públicas com enfoque de direitos humanos, considerada a diversidade regional) (l. 768).

Para o exercício de tais funções, a CIDH conta com ampla “*tool box*” (caixa de ferramentas), compreendendo a concessão de medidas cautelares, sistema de casos (informes de admissibilidade e mérito, recomendações e eventual submissão da demanda à Corte IDH), informes temáticos, informes sobre a situação de cada Estado, audiências públicas, mecanismo de solução amistosa com elevado grau de cumprimento, prerrogativa de solicitação de informações e política comunicacional voltada ao monitoramento e fortalecimento da cultura de direitos humanos (PIOVESAN, 2020).

Sem o intuito de esgotar o tema, a atuação da CIDH no âmbito do sistema de petição estabelecido pela CADH pode ser compreendida por algumas fases: (i) análise da admissibilidade da petição formulada pela vítima, terceiros (inclusive organizações não-governamentais) ou Estados-partes; (ii) tentativa de solução amistosa entre a vítima e o Estado demandado; (iii) elaboração do primeiro informe, em caráter confidencial, com recomendações a serem cumpridas pelo Estado demandado; (iv) submissão do caso à Corte IDH, desde que o Estado infrator tenha reconhecido a jurisdição do aludido tribunal e tal medida seja considerada conveniente para a proteção dos direitos no caso concreto; e (v) elaboração de um segundo informe, com natureza e conteúdo vinculantes, na hipótese de ausência de submissão da demanda à Corte (RAMOS, 2016).

Uma vez submetido o caso à Corte IDH, cabe a esta analisar os fatos e fundamentos apresentados pela CIDH e, se for o caso, promover a responsabilização do Estado processado pela violação de direitos humanos. Cumpre analisar, portanto, as características e modo de funcionamento do tribunal em questão.

4.1.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte IDH é uma instituição judicial autônoma, com sede em San José da Costa Rica, que exerce funções consultivas e contenciosas e é composta por sete juízes⁸¹, os quais são eleitos pelos Estados-partes da CADH para um mandato de seis anos, com possibilidade de uma

⁸¹ Além dos sete juízes eleitos que possuem mandato fixo, o artigo 55 da CADH também determina a atuação de juízes *ad hoc* caso o Estado-réu não possua um juiz de sua nacionalidade em exercício na Corte. Ocorre que, desde a Opinião Consultiva OC n. 20/2009, a Corte IDH realizou interpretação restritiva e assentou que tal dispositivo somente é aplicável no caso de demandas interestatais, não incidindo sobre os casos originados pela CIDH por petições individuais. Na mesma oportunidade, inclusive, a Corte vedou a participação do juiz nacional do Estado demandado no julgamento dos casos contenciosos iniciados por petições individuais (RAMOS, 2016).

única recondução. Seu funcionamento ocorre em sessões ordinárias e extraordinárias, com quórum de cinco juízes para deliberação e decisões adotadas pela maioria dos presentes (RAMOS, 2016).

A atuação da Corte Interamericana não substitui ou invade a competência dos tribunais domésticos, tampouco deve ser encarada como um meio de recurso ou cassação das decisões desses tribunais (“quarta instância”). Entretanto, no exercício de sua competência contenciosa, a Corte analisa a (in)conformidade dos atos internos dos Estados – inclusive de decisões judiciais – com as obrigações assumidas internacionalmente por estes em matéria de direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1993).

O reconhecimento da competência da Corte pelos Estados-partes da CADH é facultativo e ocorre mediante procedimento específico estabelecido no artigo 62 da Convenção. Com efeito, o ato soberano dos Estados em reconhecer a jurisdição interamericana lhes outorga a obrigação de respeitar e cumprir rigorosamente as decisões proferidas por aquele tribunal, mormente porque o artigo 68 da CADH confere força vinculante e plena executoriedade aos provimentos jurisdicionais em questão.

Segundo Alvarado (2015), a Corte IDH tem adotado um discurso semelhante ao das tradicionais cortes constitucionais⁸², haja vista sua capacidade de: (i) atuar como legislador negativo ao declarar a incompatibilidade de norma nacional com o direito interamericano; (ii) oferecer proteção direta aos indivíduos, de forma preventiva ou reparadora, mediante o direito de petição e requerimento de medidas provisórias; e (iii) produzir pronunciamentos judiciais que surtem efeito de “coisa interpretada”, na medida em que determinam o conteúdo e alcance das cláusulas convencionais, formando padrões de conduta destinados às autoridades domésticas que são aplicados para além das situações particulares analisadas. Por conseguinte,

La suma de estos asuntos permiten leer el trabajo de la Corte IDH en clave constitucional: su competencia para asegurar la supremacía y eficacia de las normas sobre derechos humanos y, con ello, su capacidad para influir en la organización y limitación del poder; así como para proteger a los individuos es lo que la ubica en un sendero similar al de los tribunales constitucionales. Este rol constitucional del tribunal regional resulta mucho más acorde con su naturaleza subsidiaria y con su comportamiento como proveedor de estándares de protección. En efecto, ya que la Corte IDH se ha esforzado por construir una jurisprudencia constante y que dicha jurisprudencia es tenida en cuenta por las autoridades nacionales, la legislación nacional y los mecanismos de protección estatal serán suficientes para lograr el

⁸² Ao reconhecer que a Corte IDH tem adotado um “discurso constitucional”, o presente trabalho não pretende igualar a referida corte regional aos tribunais constitucionais domésticos, como fazem alguns autores (cf. LEGALE, 2019). Apenas admite-se que determinadas técnicas e características da jurisprudência interamericana se assemelham a elementos tradicionalmente associados à jurisdição constitucional, o que reforça, inclusive, a ideia central do critério de governança do pluralismo constitucional. Não há, portanto, qualquer pretensão de se questionar ou reformular o caráter subsidiário da jurisdição internacional.

cometido de protección, por lo que se evitará la activación del mecanismo regional (ALVARADO, 2015, p. 123).⁸³

Sem embargo, tal constatação não confere ao tribunal interamericano superioridade hierárquica na relação com os tribunais constitucionais internos. Trata-se, na verdade, de exemplo claro do pluralismo constitucional, em que as distintas jurisdições (doméstica e internacional) dialogam entre si de modo heterárquico (ALVARADO, 2015). Em referência aos critérios de dimensão conceitual do constitucionalismo elaborados por Walker (2002a)⁸⁴, Magalhães (2015) identifica algumas características que aproximariam a Corte IDH de um “discurso constitucional” sob uma lógica pluralista. Em primeiro lugar, quanto aos critérios constitutivos e de governança, o autor constata:

o desenvolvimento de um discurso de estilo constitucional, que estabelece um poder institucional capaz de reforçá-lo por meio de reivindicações de última palavra. Tal como o discurso constitucional estatal, que se estabelece como a fonte última de poder dotado de autoridade, de auto fundamentação e autolegitimação de uma determinada comunidade política, o discurso do constitucionalismo além do Estado, por meio de suas instituições, compreende a si mesmo como um ordenamento independente, seja do aspecto de sua constituição (no sentido de criação ou instituição) e/ou de sua fundamentação, do constitucionalismo estatal. A independência do constitucionalismo além do Estado explica seus discursos de soberania (última palavra no âmbito de sua competência) em relação aos demais discursos constitucionais, especialmente aos estatais (MAGALHÃES, 2015, p. 80-81).

O exercício desse “discurso constitucional” pela Corte IDH pode ser observado em três momentos, isto é, quando a Corte: (i) afirma sua competência exclusiva para determinar os limites e alcance de sua própria competência contenciosa, consultiva e cautelar; (ii) se autoproclama intérprete última da CADH, mediante o estabelecimento dos próprios critérios interpretativos, significados e desenvolvimentos de suas disposições dotadas de autoridade; e (iii) atribui às normas da CADH características imperativas inderrogáveis (*jus cogens*), por vezes capazes de tornar sem efeito leis internas (MAGALHÃES, 2015).

Quanto ao primeiro momento, a Corte IDH definiu a noção de competência da competência (*compétence de la compétence*), no âmbito da CADH, nos julgados em que um Estado: (i) antes da sentença proferida pela Corte, formalizou pedido de retirada da jurisdição

⁸³A soma desses elementos permite uma leitura da atuação da Corte Interamericana sob uma perspectiva constitucional: sua competência para garantir a supremacia e eficácia das normas de direitos humanos e, com ela, sua capacidade de influenciar a organização e limitação do poder, assim como a proteção dos indivíduos, a coloca em uma posição semelhante a dos tribunais constitucionais. Este papel constitucional do tribunal regional decorre sobretudo de sua natureza subsidiária e de sua postura provedora de parâmetros de proteção. Com efeito, tendo em vista que a Corte Interamericana tem se esforçado para construir uma jurisprudência íntegra e que tal jurisprudência é levada em consideração pelas autoridades nacionais, a legislação nacional e os mecanismos de proteção dos Estados se tornarão suficientes para o cumprimento do dever de proteção dos direitos humanos, evitando-se o acionamento do mecanismo regional (tradução livre).

⁸⁴ Vide Capítulo 3, Seção 3.3.3.

contenciosa na Assembleia Geral da OEA;⁸⁵ (ii) aceitou a jurisdição contenciosa da Corte com reservas relacionadas ao condicionamento das decisões interamericanas à compatibilidade com a constituição nacional;⁸⁶ e (iii) questionou a competência da Corte para supervisionar suas próprias sentenças⁸⁷ (MAGALHÃES, 2015). A título complementar, também pode ser mencionada a posição da Corte sobre a competência para definir o alcance e possibilidade de violação a determinados dispositivos, como é o caso do artigo 26 da CADH.⁸⁸

No que se refere ao segundo momento, a Corte IDH reivindicou, em múltiplos precedentes⁸⁹, a noção de intérprete final da CADH, produzindo duas implicações no âmbito do SIDH: (i) não obstante a interpretação primeira da Convenção possa – e deva – ser realizada pelas cortes nacionais, a única interpretação dotada de autoridade é a do tribunal interamericano; (ii) a referida interpretação final não está sujeita à revisão dos Estados. Percebe-se, portanto, um discurso análogo ao do monopólio da última palavra, sustentado pelas cortes constitucionais (MAGALHÃES, 2015).

Por fim, quanto ao terceiro momento, a Corte IDH atribuiu⁹⁰ a determinados direitos convencionais o *status* de normas cogentes (*jus cogens*), que acarretam obrigações *erga omnes*. Por conseguinte, estabeleceu uma estruturação de hierarquia diferenciada entre as próprias normas convencionais, produzindo obrigações de natureza especial que vinculam os Estados e particulares (MAGALHÃES, 2015).

Bogdandy (2017) destaca que a aludida Corte tem ocupado papel decisivo para impulsionar a formação de um *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano. Apesar de fundado em direitos de caráter universal, o estabelecimento desse novo *corpus juris* reproduz características peculiares da região, destacando-se algumas inovações que posteriormente foram acolhidas pela comunidade global, como a proibição de anistia para graves violações de direitos humanos, as figuras do feminicídio e do desaparecimento forçado e a proteção especial atribuída a migrantes, povos indígenas e negros. Ademais, importantes contribuições têm sido

⁸⁵ Nas sentenças que trataram da competência nos casos Ivcher Bronstein Vs. Perú (1999) e Tribunal Constitucional v. Peru (1999).

⁸⁶ Na sentença de exceções preliminares do caso Constantine e outros v. Trinidad e Tobago (2001).

⁸⁷ Na sentença que tratou da competência no caso Baena Ricardo e outros v. Panamá (2003).

⁸⁸ Desde o precedente Acevedo Buendía v. Peru (2009), a Corte já havia pontuado que a aceitação da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória do órgão pressupõe a concordância, pelos Estados, de que o tribunal possui competência para resolver qualquer controvérsia relativa à sua própria competência (*compétence de la compétence*), sendo certo que ele exerce jurisdição plena sobre a interpretação e aplicação de todos os dispositivos da Convenção, inclusive sobre o artigo 26, que trata dos direitos econômicos, sociais e culturais (BAZÁN, 2015b).

⁸⁹ A decisão que inaugurou esse discurso ocorreu no caso Almonacid Arellano e outros v. Chile (2007), que será oportunamente analisada.

⁹⁰ O maior desenvolvimento desse discurso ocorreu na Opinião Consultiva OC n. 18/2003.

consolidadas no reconhecimento de grupos sociais marginalizados, na superação da desigualdade e na aceitação da dimensão coletiva dos direitos humanos.

Nesse cenário, a Corte Interamericana surge como um “vértice canalizador de diálogos” entre os sistemas jurídicos doméstico e internacional, promovendo a fixação de padrões comuns e o impulsionamento de transformações estruturais para a efetivação dos direitos humanos. Por meio de sua jurisprudência, ela provoca os Estados inseridos no sistema a adotar medidas concretas na revisão de suas estruturas, o que demanda desses Estados seu “reconhecimento como integrantes de um projeto comum em que cada grupo social, cada direito, cada esforço tem importância, de modo que as transformações sociais necessárias para a efetivação dos direitos se realizem em um ambiente de boa-fé política e relações dialógicas” (OLSEN; KOZICKI, 2019, p. 302).

A ideia de que os tribunais constitucionais, no contexto particular latino-americano, devem adotar posição ativa para impulsionar transformações sociais e avançar na construção de Estados igualitários (ROA ROA, 2020) parece ter alcançado a Corte IDH, que não hesita em adotar interpretações progressistas e inovadoras e em exercer expansivamente as competências que lhe foram conferidas pela CADH. De fato, a Corte sedimentou a técnica do controle de convencionalidade em sua jurisprudência, atribuiu efeito *erga omnes* para suas decisões e se desvencilhou de limitações normativas que impediam a tutela plena e interdependente dos direitos humanos, sobretudo no que diz respeito aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Quanto ao último ponto, ressalta-se que, em virtude da previsão contida no artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador e sob forte inspiração do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, a Corte optou, durante muito tempo, por não promover a tutela autônoma dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mas sim desenvolver uma espécie de “leitura social” dos direitos civis (MAC-GREGOR, 2017). Para tanto, o tribunal utilizou-se de abordagem protetiva indireta partindo dos direitos à vida⁹¹, à integridade pessoal⁹², ao acesso à justiça e garantias judiciais⁹³, entre outros.

⁹¹ No precedente “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) v. Guatemala (1999), a Corte IDH reconheceu a violação, entre outros, do direito à vida, apontando que este compreende não só o direito de todo indivíduo de não ter sua vida privada arbitrariamente, mas também o acesso a todas as condições positivas que garantam uma existência digna.

⁹² Na sentença do caso Ximenes Lopes v. Brasil (2006), a Corte examinou os direitos à vida e à integridade pessoal e teceu relevantes reflexões sobre a responsabilidade estatal na supervisão da prestação de serviços de saúde mental.

⁹³ Ao julgar o caso Furlan e Familiares v. Argentina (2012), a Corte proferiu condenação diante da demora excessiva no julgamento de ação civil que pretendia obter indenização para assegurar tratamento médico a uma criança com deficiência. Sob a ótica do direito de acesso à justiça e da duração razoável do processo, foi

Entretanto, em recente e emblemático avanço jurisprudencial, a Corte IDH admitiu, no julgamento do caso Lagos del Campo v. Peru (2017), a justiciabilidade direta de um direito social, a partir de interpretação expansiva do artigo 26 da própria CADH e a despeito da limitação prevista pelo Protocolo de San Salvador.

Posteriormente, no caso Poblete Vilches e outros v. Chile (2018), a Corte deu continuidade a sua linha argumentativa e reconheceu uma violação autônoma ao direito social à saúde⁹⁴. Nesse sentido, esclareceu que o artigo 26 da CADH – cuja redação tímida já foi referida acima – impõe aos Estados a adoção de medidas: (i) progressivas, relativas ao dever de avançar da forma mais célere e eficaz possível na efetividade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, o que envolve a proibição de regressividade quanto aos direitos já alcançados; e (ii) imediatas, por meio do acesso indiscriminado às prestações reconhecidas para cada direito, com ações adequadas, deliberadas e concretas para sua realização (§ 104).⁹⁵

Em comparação com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)⁹⁶, Clérico (2020) considera que a Corte IDH se consagra como a “*hija de todas las revoluciones*”⁹⁷, distinguindo-se por se afastar de um enfoque consensualista e adotar uma abordagem radicalizada universalista. Para tanto, a Corte se arriscaria a dar “‘*grandes pasos*’ en vez de *pequeños en protección de los derechos humanos, no se acobardaría cuando tiene que usar ‘strong language’ o se requieren ‘interpretaciones muy innovadoras*”⁹⁸ (p. 76).

observado que o atraso na indenização impediu o menor de receber tratamento de saúde que poderia ter lhe assegurado melhor qualidade de vida.

⁹⁴ Em julgamentos posteriores, a Corte IDH reiterou seu entendimento sobre a justiciabilidade direta do direito à saúde com base no artigo 26 da CADH, o que permitiu uma atuação ampliada na definição dos parâmetros de efetividade desse direito, bem como do alcance das obrigações atribuídas aos Estados na temática. De fato, os precedentes Cuscul Pivaral e outros v. Guatemala (2018) e Hernández v. Argentina (2019), concebidos após a reorientação jurisprudencial, demonstram o ímpeto do tribunal em avançar, gradualmente, na concessão de medidas reparatórias cada vez mais abrangentes para as violações do direito à saúde e no estabelecimento de um generoso *standard* mínimo regional acerca da matéria.

⁹⁵ Aldao e Clérico (2019) classificam como paradigmático o progresso jurisprudencial operado pela Corte Interamericana no julgamento do caso em questão, ressaltando a conformidade da interpretação produzida sobre o conteúdo autônomo do artigo 26 da CADH com o preâmbulo da Convenção e sua finalidade (argumento teleológico), os avanços gradativos nos antecedentes judiciais (argumento jurisprudencial) e a integração da CADH com outros instrumentos interamericanos e internacionais (argumento sistemático).

⁹⁶ Optou-se por falar em “Tribunal Europeu” e utilizar a sigla “TEDH” em virtude da tradução oficial da CEDH para a língua portuguesa. Além disso, destaca-se que a Corte IDH também tem optado por se referir dessa forma ao órgão judicial do sistema europeu, conforme pode ser observado na recente sentença de mérito do caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus (2020), em idioma português. A opção também é compartilhada por Comparato (2019) e Conci (2013), porém não se ignora a preferência de alguns autores pelas traduções “Corte Europeia de Direitos Humanos”, “CEDH” ou “Corte EDH”. Nesse sentido, por exemplo: RAMOS, 2016; PIOVESAN, 2019; e FACHIN, 2020.

⁹⁷ Filha de todas as revoluções (tradução livre).

⁹⁸ Grandes passos em vez de pequenos na proteção dos direitos humanos, não hesitaria quando fosse necessário usar de “língua forte” ou “interpretações muito inovadoras” (tradução livre).

Ainda em análise comparativa com o TEDH, percebe-se que o grau de intensidade do “discurso constitucional” desenvolvido no SIDH é consideravelmente maior. Com efeito, desde o caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), que será adiante explorado, o controle de convencionalidade das leis – ou mesmo das constituições domésticas – vem sendo utilizado de forma reiterada na jurisprudência interamericana, o que reforça a assunção do “discurso constitucional” pela Corte de San José (ROCA; NOGUEIRA ALCALÁ; GISBERT, 2012).

A Corte IDH tem exercido a técnica do controle de convencionalidade para a disseminação de um *standard* mínimo regional de proteção dos direitos humanos, conferindo efetividade ao artigo 2 da Convenção, que consubstancia o dever dos Estados-partes em compatibilizar seus ordenamentos jurídicos internos com as obrigações assumidas em âmbito internacional.

4.2 O SURGIMENTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O termo “controle de convencionalidade” apareceu pela primeira vez no sistema interamericano por meio do voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez apresentado no caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (2003). Em abordagem sobre a responsabilidade estatal unitária no âmbito internacional, o magistrado sustentou que não seria possível “seccionar” o Estado nas demandas perante o tribunal, de forma a deixar a atuação de alguns órgãos estatais⁹⁹ “*fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional*”¹⁰⁰ (§ 27).

Ao justificar o voto em obra doutrinária, García Ramírez (2011) esclarece que os órgãos jurisdicionais domésticos, por integrarem a estrutura do Estado, estão igualmente comprometidos com o direito internacional dos direitos humanos, motivo pelo qual devem realizar o controle interno de convencionalidade.

No caso *Tibi v. Equador* (2004), o referido magistrado avançou seu raciocínio em novo voto concorrente e asseverou que, se as cortes constitucionais domésticas são encarregadas de realizar um controle de constitucionalidade dos atos praticados pelas autoridades públicas – e, porventura, de outros agentes sociais –, a Corte Interamericana, por seu turno, busca averiguar

⁹⁹ Em suas ponderações iniciais, o juiz Sergio García Ramírez referia-se, especificamente, aos órgãos jurisdicionais, compreensão esta que foi ampliada posteriormente.

¹⁰⁰ Fora do “controle de convencionalidade” que traz consigo a jurisdição da Corte internacional (tradução livre).

se tais atos são produzidos em conformidade com a ordem jurídica estabelecida pelo sistema interamericano, a qual foi aceita pelos Estados contratantes no exercício de sua soberania (§ 3).

Outros votos, com conteúdo semelhante, foram proferidos pelo citado juiz nos casos *López Álvarez v. Honduras* (2006) e *Vargas Areco v. Paraguai* (2006), tendo se ressalvado, neste último, que o controle de convencionalidade não convola a Corte Interamericana em uma “quarta instância” de jurisdição ordinária, mas apenas representa uma técnica voltada a identificar se há harmonia entre os atos jurídicos internos e a Convenção e a determinar, em última análise, se há ou não responsabilidade internacional do Estado por descumprimento de suas obrigações (§ 6).

A despeito desses votos isolados, o Plenário da Corte de San José somente veio a se referir, de modo expresso, à técnica do controle de convencionalidade no caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), o qual teve por pano de fundo a invalidade do Decreto-Lei n. 2.191, de 18 de abril de 1978, que concedia anistia¹⁰¹ a crimes perpetrados durante o período da ditadura militar chilena.

No julgamento daquela demanda, a Corte assentou que:

quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo (§ 124).

Mac-Gregor (2011) ressalva que, na realidade, o controle de convencionalidade foi utilizado pela Corte Interamericana desde suas primeiras sentenças na análise das normas jurídicas dos Estados em cada caso particular. Entretanto, foi a partir do caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006) que o termo foi empregado nas razões de decidir e que o dito controle foi atribuído a todos os juízes nacionais como um dever de atuação em âmbito interno. No mesmo sentido, afirma Bazán (2015a):

la vertiente de la fiscalización convencional que se desarrolla en el contexto internacional, es decir, la que lleva adelante la Corte IDH particularmente en ejercicio de su competencia contenciosa, no ofrece mayor interés pues en puridad, y más allá de no haberla designado específicamente como «control de

¹⁰¹ Com ampla jurisprudência sobre justiça de transição, a Corte IDH compartilhou do mesmo entendimento sobre leis de anistia nos casos *Barrios Altos v. Peru* (2001), *La Cantuta v. Peru* (2006), *Gomes Lund e outros v. Brasil* (“Guerrilha do Araguaia”) (2010), *Gelman v. Uruguai* (2011), *Massacre de El Mozote e lugares próximos v. El Salvador* (2012) e *Vladimir Herzog e outros v. Brasil* (2018) (MAZZUOLI, 2019b).

convencionalidad», viene realizándola desde el dictado de su primera sentencia de condena internacional contra un Estado (p. 40).¹⁰²

A partir de então, seria possível concluir que a técnica do controle de convencionalidade pode ser realizada de forma “concentrada” pela Corte IDH, enquanto guardiã e intérprete final da CADH; e de forma “difusa” pelos agentes dos Estados que aderiram à Convenção e, mais intensamente, daqueles que aceitaram a competência do referido tribunal regional¹⁰³ (MAC-GREGOR, 2011). Nogueira Alcalá (2013a) argumenta que, apesar de a Corte IDH ter mencionado pela primeira vez o exercício da referida técnica pelos juízes internos no caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), trata-se de obrigação destinada ao Estado de maneira geral – em todas as suas funções – e que já existia antes mesmo do precedente em questão:

La obligación de aplicar el control de convencionalidad interno por el Estado-Legislator, por el Estado-Administrador y por el Estado-Juez ya existía previamente al caso «Almonacid Arellano vs. Chile». Lo que hace la CIDH¹⁰⁴ en este caso es simplemente bautizar la obligación de los jueces nacionales como «control de convencionalidad», que no tiene nada de original ya que así se llama también este control que se practica desde hace varias décadas en Europa respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos (p. 240).¹⁰⁵

De toda forma, reconheceu-se naquele precedente que os juízes nacionais devem assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos internacionalmente pelo Estado em matéria de direitos humanos. Nesse sentido, possuem a obrigação de realizar a interpretação das normas jurídicas internas conforme a Convenção Americana, os demais tratados do sistema interamericano e a jurisprudência da Corte de San José. Em consequência, devem deixar de aplicar as leis e demais atos normativos que sejam contrários ao *corpus juris* interamericano, em ordem a evitar a responsabilização internacional.

¹⁰² A modalidade de análise de convencionalidade que ocorre no contexto internacional, isto é, aquela exercida pela Corte Interamericana, particularmente no exercício de sua jurisdição contenciosa, não oferece maior interesse, pois, a rigor, apesar de não ter sido designada precisamente como “controle de convencionalidade”, tem sido exercida desde a emissão da primeira sentença condenatória internacional contra um Estado (tradução livre).

¹⁰³ García Ramírez (2011) igualmente distingue as duas formas de controle, porém fala em modalidades “interna” e “externa”, sendo esta última a que recai sobre o tribunal supranacional que é chamado a analisar o confronto entre atos domésticos e disposições convencionais. Ou seja, trata-se de modalidade incumbida à Corte IDH no exercício de sua competência material.

¹⁰⁴ Diferentemente do presente trabalho, Nogueira Alcalá (2013a) emprega a abreviação “CIDH” para se referir à Corte Interamericana e não à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁰⁵ A obrigação de aplicar o controle de convencionalidade interno pelo Estado-Legislator, pelo Estado-Administrador e pelo Estado-Juiz já existia antes do caso “*Almonacid Arellano v. Chile*”. O que a CIDH faz neste caso foi simplesmente batizar a obrigação dos juízes nacionais de “controle de convencionalidade”, o que não é nada original, pois é também o nome que vem sendo utilizado há várias décadas na Europa a respeito da Convenção Europeia sobre Direitos humanos (tradução livre).

O referido controle encontra respaldo na própria CADH, notadamente no artigo 1.1, que prevê a obrigação dos Estados partes em respeitar os direitos e liberdades reconhecidos por aquele tratado internacional; no artigo 2, que impõe aos Estados o dever de adotar disposições de direito interno para adequarem seus ordenamentos jurídicos ao SIDH; no artigo 29, que fornece as diretrizes interpretativas da Convenção; e no artigo 68.1, o qual consagra o compromisso de cumprimento das decisões emanadas pela Corte IDH.

Conci (2013) adverte que o controle de convencionalidade não é estruturado por critérios hierárquicos, tal como ocorre com o tradicional controle de constitucionalidade. Ele se constrói, na verdade, a partir de três pressupostos: (i) efeito útil; (ii) princípio *pro persona*; e (iii) princípio da boa-fé ou *pacta sunt servanda*, daí por que a análise da compatibilidade entre normas nacionais e interamericanas se dá não por uma lógica formal, mas por meio de um processo substancial que faz prevalecer a norma de direitos humanos mais favorável ao indivíduo – isto é, que seja mais protetiva ou menos restritiva.

Essa constatação decorre da regra contida no artigo 29 da CADH, a qual impede que as disposições da convenção sejam interpretadas de modo a limitar o exercício de direitos e liberdades reconhecidos internamente pelo Estado ou garantidos por outros instrumentos internacionais. Nesse panorama, sendo a tutela da pessoa humana o fim último de qualquer sistema jurídico, importa mais o modo como se protege e a intensidade da proteção do que a fonte de onde esta é derivada. Por esse motivo, caso se conclua que um direito é protegido de modo mais eficiente em âmbito nacional, deve-se se abster de declarar inconveniente a norma jurídica doméstica (CONCI, 2013).

Além disso, necessário destacar que o controle de convencionalidade se institui a partir de um fluxo normativo que deriva do direito internacional¹⁰⁶ – e não do direito interno, como ocorre com o controle de constitucionalidade. Isso significa que seu paradigma é o “bloco de convencionalidade”, composto pela CADH, seus protocolos e as decisões da Corte IDH (CONCI, 2014).

O controle de convencionalidade constitui, portanto, um relevante instrumento para a aplicação harmônica e coerente da ordem jurídica em vigor, uma vez que integra suas fontes interna e internacional e permite a disseminação de padrões interpretativos pelo tribunal regional. Entretanto, seu exercício demanda que as autoridades estatais conheçam o bloco internacional de direitos humanos e o acervo jurisprudencial da Corte IDH, bem como que abandonem visões restritivas de soberania (BAZÁN, 2014).

¹⁰⁶ Sobre o tema, cf. Capítulo 3, Seção 3.4.2.

O dito controle repercute até mesmo sobre as constituições nacionais. Isso porque o artigo 27 da CVDT impede os Estados de invocarem o direito interno para descumprir uma obrigação internacional. Ademais, na Opinião Consultiva OC 04/84, a Corte IDH já havia interpretado a expressão “leis internas”, constante da CADH, de forma ampla para abranger as normas de qualquer natureza, incluindo disposições constitucionais (BAZÁN, 2015a).

O precedente *Olmedo Bustos e outros v. Chile* (2001), conhecido como “A Última Tentação de Cristo”, reforça essa conclusão. Nesse processo, referente à proibição da exibição de obra cinematográfica, a Corte ponderou que “a responsabilidade internacional do Estado pode ser gerada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão, independentemente de sua hierarquia”; e concluiu que, no caso apreciado, a responsabilidade se configurava porque “o artigo 19, inciso 12, da Constituição [chilena] estabelece a censura prévia na produção cinematográfica e, portanto, determina os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário” (§ 72).

Diante dessas considerações, a sentença condenou o Chile “a modificar seu ordenamento interno, em um prazo razoável, com o fim de suprimir a censura prévia para permitir a exibição do filme ‘A Última Tentação de Cristo’” (ponto resolutivo n. 4). Tal decisão demonstra a potencialidade das medidas reparatórias do SIDH – e consequentemente do exercício do controle de convencionalidade –, que não encontram óbice sequer no poder constituinte originário.

4.3 OS AGENTES ENCARREGADOS DE REALIZAR O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE

Conforme se observou, originariamente a Corte IDH atribuiu aos juízes internos o dever de realizar o controle de convencionalidade de modo difuso para evitar uma condenação internacional. Entretanto, no julgamento de novos casos contenciosos, o tribunal admitiu a ampliação do rol de legitimados a desempenhar tal tarefa, tendo em conta, sempre, a premissa de responsabilidade unitária do Estado.

Após o precedente embrionário, a Corte de San José delimitou alguns contornos da técnica do controle de convencionalidade no caso *Aguado Alfaro e outros v. Peru* (2006), conhecido como “Trabalhadores Demitidos do Congresso”. Estabeleceu-se, em suma, que o Poder Judiciário deve realizar não somente um controle de constitucionalidade, mas também um controle de convencionalidade de ofício, dentro de suas respectivas competências e de acordo com as regras processuais correspondentes (§ 128).

Relevante o seguinte trecho do voto em separado do juiz Cançado Trindade:

*os órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana (§ 3°).*¹⁰⁷

Em consequência, os magistrados domésticos necessitam fortalecer um diálogo interjudicial com o tribunal regional¹⁰⁸, pois a análise da convencionalidade de uma norma jurídica nacional, segundo as diretrizes da Corte IDH, deve ser feita independentemente de qualquer provocação e impugnação específica das partes, o que reclama o conhecimento e assimilação dos precedentes interamericanos. Portanto,

*el control de convencionalidad debiera ejercerse de manera inmediata, espontánea, es decir, oficiosa. Esto mismo acontece con el respeto y la garantía de los derechos humanos al que están obligadas todas las autoridades. Sería absurdo aguardar a que el interesado invoque sus derechos —a la vida, a la integridad, a la libertad— para que los agentes del Estado se resuelvan a examinar la existencia de aquéllos, la obligación de respetarlos y la necesidad de garantizar su ejercicio. Otro tanto diremos de los órganos jurisdiccionales (GARCÍA RAMÍREZ, 2011, p. 141).*¹⁰⁹

Quanto à organização de competências e regras processuais, García Ramírez (2011) afirma que cabe aos Estados, no uso de sua soberania e por meio de lei, definir as melhores condições para a operacionalização do controle de convencionalidade, tal como ocorre com o controle de constitucionalidade. Para o autor, seria inclusive preferível estruturar a realização do controle de convencionalidade por intermédio de procedimentos de consulta direcionados a um órgão interno superior com função jurisdicional, de maneira a assegurar a harmonia da jurisprudência e a consolidação de um *Ius Commune* interamericano.

Já no caso *Vélez Loor v. Panamá* (2010), houve novo avanço sobre a questão, porquanto a Corte IDH deliberadamente enfatizou que os “órgãos de qualquer dos poderes cujas

¹⁰⁷ Os órgãos do Poder Judiciário de cada Estado Parte da Convenção Americana devem conhecer a fundo e aplicar devidamente não só o Direito Constitucional, mas também o Direito Internacional dos Direitos Humanos; devem exercer *ex officio* o controle de constitucionalidade e de convencionalidade, tomados em conjunto, uma vez que os sistemas jurídicos internacional e nacional estão em constante interação no presente domínio da proteção da pessoa humana (tradução livre).

¹⁰⁸ Ressalta-se que o diálogo entre os tribunais internacionais e domésticos depende, sempre, da alteridade para assegurar a convivência recíproca. Trata-se de uma busca permanente da alteração da própria identidade em deferência ao outro, o que possibilita um ambiente cooperativo e evita o isolamento (CARVALHO; CALIXTO, 2017).

¹⁰⁹ O controle de convencionalidade deve ser exercido de forma imediata e espontânea, ou seja, de ofício. O mesmo ocorre com o respeito e a garantia dos direitos humanos sobre os quais todas as autoridades estão vinculadas. Seria absurdo esperar que o interessado invocasse seus direitos - à vida, à integridade, à liberdade - para que os agentes do Estado resolvessem examinar sua existência, a obrigação de respeitá-los e a necessidade de garantir seu exercício. O mesmo se dá com os órgãos jurisdicionais (tradução livre).

autoridades desempenhem funções jurisdicionais” (§ 287) devem fazer uso da ferramenta do controle de convencionalidade.

A tese firmada é relevante em virtude do sistema de freios e contrapesos característico do constitucionalismo moderno, que autoriza a realização de funções atípicas pelos poderes estatais. Evidencia-se, por exemplo, que nos países em que o Poder Legislativo protagoniza o julgamento político¹¹⁰ de crimes de responsabilidade praticados pelo Chefe de Estado e por outras autoridades¹¹¹, o precedente passa a exigir a análise acerca da (in)convencionalidade das leis internas durante o respectivo processo.

Na sentença do caso *Cabrera García e Montiel Flores v. México* (2010), o tribunal interamericano previu o exercício do controle de convencionalidade pelos “*órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles*”¹¹² (§ 225). O juiz Eduardo Ferrer MacGregor Poisot ressaltou, em voto concorrente, que “*la intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del ‘control de convencionalidad’ se debe ejercer por ‘todos los jueces’, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización*”¹¹³ (§ 19).

No julgamento de mérito do caso *Gelman v. Uruguai* (2011), a Corte analisou a validade jurídica da Lei n. 15.848 (“Lei de Caducidade”), promulgada no Uruguai em 22 de dezembro de 1986 e que impediu a investigação de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes militares. Nessa oportunidade, foi promovida uma evolução significativa sobre o tema ao se concluir que:

a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (par. 193 *supra*), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário (§ 239).

¹¹⁰ No precedente *Tribunal Constitucional v. Peru* (2001), a Corte IDH consolidou importante posição sobre julgamentos políticos. Em síntese, entendeu-se que qualquer órgão público (administrativo, legislativo ou judicial) que venha a exercer funções de caráter materialmente jurisdicional deve atuar em conformidade com as garantias do devido processo legal estabelecidas no artigo 8 da CADH (§ 71).

¹¹¹ Especificamente no Brasil, a Constituição da República de 1988 confere ao Senado Federal a competência para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (artigo 52, I). A mesma competência se aplica para o julgamento de crimes de responsabilidade praticados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União (artigo 52, II).

¹¹² Órgãos vinculados à Administração de Justiça em todos os níveis (tradução livre).

¹¹³ A intenção da Corte IDH é clara: definir que a doutrina do ‘controle de convencionalidade’ deve ser exercida por ‘todos os juizes’, independentemente de pertencerem formalmente ou não ao Poder Judiciário e sem importar sua hierarquia, grau, quantidade ou especialidade (tradução livre).

Logo, ao utilizar a expressão “qualquer autoridade pública”, houve o reconhecimento de que o dever de realizar o controle de convencionalidade não se circunscreve à atividade jurisdicional, mas alcança também as funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo. Nessa conjuntura, analisa Conci (2014): “trata-se de um modo de entrelaçamento claro de ordens jurídicas que desembocam nas autoridades públicas com poder decisório, que devem aplicar o direito, e, não somente, a lei ou a constituição” (p. 8).

Posteriormente, na supervisão de cumprimento da sentença do caso *Gelman v. Uruguai* (2013), a Corte reafirmou que o controle de convencionalidade abrange todas as autoridades estatais e se aplica a decisões judiciais e administrativas. Expressou-se, em suma, que

cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas la autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (§ 66).¹¹⁴

Feitas essas considerações, percebe-se que o sistema interamericano estabeleceu uma obrigação para todos os órgãos estatais que emitem normas jurídicas, contemplando, portanto, o legislador constituinte, o legislador ordinário, o Chefe do Poder Executivo quando elabora decretos (em sentido amplo) de urgência e necessidade, delegados, regulamentares ou autônomos e os ministros e outros agentes que emitem resoluções, estatutos e demais atos normativos no âmbito de suas competências. O controle de convencionalidade, em tais casos, pode ser preventivo, ou seja, realizado antes da emissão das normas jurídicas, ou reparador, com a finalidade de aboli-las mediante o processo legislativo (SAGÜÉS, 2016).

O controle de convencionalidade preventivo possui grande potencial, pois, conforme explica Sagüés (2016):

si el órgano legisferante evita emitir reglas inconventionales, ahorrará muchos esfuerzos jurídicos y políticos, al propio órgano y a otros — v. gr., jueces —, necesarios para inaplicar normas que padezcan del referido defecto de inconventionalidad. Así, el constituyente deberá evitar promulgar reglas

¹¹⁴ Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juizes e outros órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis, também se submetem ao tratado, o que os obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, de maneira que as decisões judiciais ou administrativas não tornem ilusório o cumprimento total ou parcial das obrigações internacionais. Em outras palavras, todas as autoridades estaduais estão obrigadas a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes (tradução livre).

constitucionales disidentes con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, circunstancia que implica un serio tope heterónomo a sus competencias, y lo mismo tendrá que hacer el legislador común (p. 405).¹¹⁵

Outrossim, embora ainda se dependa muito da atuação do Poder Judiciário para a operacionalização do controle de convencionalidade, experiências latino-americanas demonstram que o Parlamento é um *locus* igualmente promissor para seu desenvolvimento. A título ilustrativo, vale citar a postura do Congresso Nacional Argentino diante da jurisprudência da Corte IDH sobre a inconvenção da aplicação de leis de anistia para violações de direitos humanos perpetradas no período da ditadura militar, que será discutida na seção seguinte.

Ademais, algumas peculiaridades do processo legislativo podem conferir efetividade ao referido controle. No marco jurídico brasileiro, por exemplo, as Comissões de Constituição, de Justiça e de Cidadania detêm grande potencial na temática, uma vez que, no âmbito federal, o artigo 58, § 2º, inciso I da Constituição da República¹¹⁶, o artigo 32, IV, “a”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados¹¹⁷ e o artigo 101, I, do Regimento Interno do Senado Federal¹¹⁸ lhes conferem a possibilidade de emissão de parecer terminativo sobre projetos de lei, em uma análise que ultrapassa a constitucionalidade e abrange o amplo aspecto da juridicidade.

Da mesma forma, são diversos os campos de aplicação do controle de convencionalidade no âmbito do Poder Executivo, tomando-se, como exemplo, a criação de uma determinada política pública para cumprir com as obrigações internacionais assumidas, a organização de setores para tutela de determinados direitos, a adequação de procedimentos administrativos para que sejam compatíveis com a Convenção Americana ou outro tratado, etc. (CASTILLA JUÁREZ, 2016).

¹¹⁵ Se o órgão legislativo evita a emissão de regras não convencionais, isso poupa muitos esforços jurídicos e políticos, ao próprio órgão e a outros – como os juízes –, que são necessários para deixar de aplicar as normas que sofrem com o referido vício de inconvenção. Assim, o constituinte deve evitar promulgar normas constitucionais incompatíveis com o Pacto de San José ou com a jurisprudência da Corte Interamericana, circunstância que implica uma significativa limitação heterônoma de suas atribuições, e o legislador comum deve fazer o mesmo (tradução livre).

¹¹⁶ Art. 58 (...) § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: (...) I - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa (CRFB, 1988).

¹¹⁷ Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: (...) IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões (RICD).

¹¹⁸ Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário (RISF).

Enfim, os progressos operados na jurisprudência interamericana reclamam uma reformulação das atividades jurisdicionais, legislativas, administrativas e governamentais, a fim de que os Estados evitem uma condenação internacional e, ao mesmo tempo, se alinhem à formação de um direito comum interamericano comprometido com a tutela da dignidade humana.

4.4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE CONCENTRADA E A EFICÁCIA OBJETIVA DOS PRONUNCIAMENTOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O artigo 68.1 da CADH dispõe que os Estados contratantes se comprometem a cumprir a decisão da Corte IDH em todo caso em que forem partes. Sem embargo, a jurisprudência do tribunal interamericano vem evoluindo no sentido de reconhecer a eficácia objetiva das sentenças interamericanas ou um efeito de *res interpretata* (“coisa interpretada”) do controle de convencionalidade realizado pela Corte, que teria o potencial de vincular não só o Estado que participou do processo, mas todos os demais integrantes do sistema regional.

Considerando a importância do tema para a delimitação dos parâmetros que devem ser observados pelos Estados no exercício do controle difuso de convencionalidade, entende-se imprescindível a análise do surgimento da doutrina da *res interpretata* no SEDH – que, como será abordado, inspirou significativamente a atuação do sistema regional interamericano.

4.4.1 A doutrina da *res interpretata* no Sistema Europeu de Direitos Humanos

Em que pese o artigo 46.1 da CEDH outorgue aos Estados contratantes a obrigação de respeitar as sentenças proferidas apenas nos litígios em que sejam partes, no caso Irlanda v. Reino Unido (1978) o Tribunal de Estrasburgo entendeu que suas decisões servem não só para resolver os casos concretos a ele submetidos, mas para, de maneira mais ampla, “*elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties*”¹¹⁹ (§ 154).

¹¹⁹ Elucidar, assegurar e desenvolver as normas instituídas pela Convenção, de modo a contribuir com a observância, pelos Estados, dos compromissos por eles assumidos como partes contratantes (tradução livre).

Além disso, no julgamento de exceções preliminares do caso *Loizidou v. Turquia* (1995), o Tribunal reconheceu a posição da CEDH como “*a constitutional instrument of European public order*”¹²⁰ (§ 75) e, no caso *Karner v. Áustria* (2003), ressaltou que, apesar de seu papel primordial na assistência imediata dos indivíduos petionários, sua missão é também “*raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of Convention States*”¹²¹ (§ 26).

Nesse contexto, a doutrina da coisa interpretada (*res interpretata*) deriva do fato de que, conquanto a CEDH não estabeleça um mecanismo de precedentes com caráter vinculante a todos os Estados partes, a partir do momento em que o TEDH se pronuncia sobre um tema em determinado caso contencioso, há a legítima expectativa de que a Convenção seja interpretada e aplicada da mesma maneira em demandas posteriores envolvendo outros Estados (ARNARDÓTTIR, 2017).

Com efeito, a CEDH instituiu o TEDH como um tribunal permanente (artigo 19), com competência para dar a última palavra sobre a interpretação e aplicação de suas disposições e protocolos (artigo 32). Por conseguinte, sendo a Convenção concebida como um *living instrument*, os Estados membros devem observar não somente o seu texto normativo, mas também as decisões de seu intérprete autêntico, independentemente de figurarem como partes na sentença (ARNARDÓTTIR, 2017).

Isso porque a lógica apriorística, geral e abstrata dos grandes tratados de direitos humanos – como é o caso da CEDH e, também, da CADH – raramente permite o esgotamento do conteúdo normativo desses direitos em sociedades sujeitas a constantes mudanças culturais e tecnológicas. Assim, o alcance e os limites dos direitos demandam a análise das situações concretas, de modo que os pressupostos fáticos e interpretações deduzidas pelos respectivos tribunais são incorporados nas próprias normas reconhecedoras a ponto de transformá-las (ROCA; NOGUEIRA ALCALÁ; GISBERT, 2012).

A compreensão da CEDH como *living instrument* foi abordada pelo TEDH, por exemplo, nos precedentes *Tyrer v. Reino Unido* (1978) e *Christine Goodwin v. Reino Unido* (2002). Mais recentemente, no caso *Bayatyan v. Armênia* (2011), relativo à prisão de indivíduo pertencente à religião Testemunha de Jeová por recusa à prestação de serviço militar, o Tribunal superou posição anterior da Comissão Europeia de Direitos Humanos e reconheceu a violação ao artigo 9 da CEDH (liberdade de pensamento, de consciência e de religião), assentando que

¹²⁰ Instrumento constitucional da ordem pública europeia (tradução livre).

¹²¹ Elevar os padrões gerais de proteção dos direitos humanos e estender a jurisprudência dos direitos humanos em toda a comunidade dos Estados contratantes (tradução livre).

a Convenção “*must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today*”¹²² (§ 102).

Portanto, a partir da constatação de que os direitos previstos na Convenção naturalmente gozam de certa elasticidade, não basta aos Estados partes se submeterem às previsões amplas e genéricas do tratado, sendo necessário que levem em conta a delimitação jurisprudencial da abrangência dessas normas. Isso traz um novo significado ao pensamento de Hannah Arendt (2012) de que o direito não é um dado, mas “um construído”.

Entendimento diverso incentivaria o denominado “truque do ilusionista” do plano internacional, fenômeno muito presente na realidade atual em que os Estados ratificam tratados de direitos humanos, os desrespeitam cabalmente, mas alegam seu cumprimento, mesmo adotando uma interpretação “peculiar” em total contrariedade com o entendimento dos órgãos internacionais constituídos para realizar a interpretação autêntica do instrumento normativo (RAMOS, 2016).

Nos casos *Chapman v. Reino Unido* (2001), *Christine Goodwin v. Reino Unido* (2002) e *Mamatkulov e Askarov v. Turquia* (2008), o Tribunal de Estrasburgo ponderou que, a despeito de não haver obrigação formal para que ele siga sua própria orientação jurisprudencial, é relevante que não haja um rompimento quanto aos precedentes sem que se tenha um bom fundamento, por respeito à segurança jurídica e à igualdade perante a lei.

Por meio da Resolução n. 1226, de 28 de setembro de 2000 (*Execution of judgments of the European Court of Human Rights*), a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa consignou que o sistema da Convenção Europeia é baseado em dois princípios específicos: a subsidiariedade e a solidariedade. Consignou, ainda, que:

*The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice. (§ 3)*¹²³

Mac-Gregor (2013) aponta que o posicionamento do TEDH que valoriza seus próprios precedentes associado ao reconhecimento do “princípio da solidariedade” têm

¹²² Deve ser interpretada à luz das circunstâncias do presente e das ideias que prevalecem nos Estados democráticos atualmente (tradução livre).

¹²³ O princípio da solidariedade implica que a jurisprudência do Tribunal faz parte da Convenção, estendendo, assim, a força juridicamente vinculante da Convenção erga omnes (para todas as outras partes). Isso significa que os Estados contratantes não só devem cumprir os julgamentos pronunciados pelo Tribunal nos casos em que são partes, mas também devem levar em consideração as possíveis implicações que os julgamentos proferidos em outros casos podem ter sobre seus próprios sistemas jurídicos (tradução livre).

progressivamente permitido que os Estados partes da CEDH considerem a jurisprudência do referido tribunal como parte integrante de suas obrigações convencionais. Daí por que se fala, cada vez com maior frequência, da “autoridade interpretativa” das decisões do Tribunal, até mesmo para conter o aumento do número de casos que se verificou após a extinção da Comissão Europeia pelo Protocolo n.º 11.

O TEDH decidiu no caso *Opuz v. Turquia* (2009) que:

bearing in mind that the Court provides final authoritative interpretation of the rights and freedoms defined in Section I of the Convention, the Court will consider whether the national authorities have sufficiently taken into account the principles flowing from its judgments on similar issues, even when they concern other States. (§ 163)¹²⁴

Ao tratar dos julgamentos do TEDH, Besson (2011) diferencia a *res judicata*, relacionada à “autoridade da decisão” (*decisional authority*), da *res interpretata*, relacionada à “autoridade interpretativa” (*interpretative authority* ou *jurisprudential authority*).

A primeira corresponde ao conteúdo do provimento jurisdicional que reconhece a violação de direitos humanos no caso concreto e localiza-se nos fundamentos e, principalmente, na parte dispositiva da sentença, a qual vincula apenas as partes da demanda, conforme artigo 46.1 da Convenção. A segunda, por outro lado, corresponde ao conteúdo interpretativo do julgamento, que pode ser “generalizado” para além da situação individual, insere-se apenas nos fundamentos da decisão, passa a integrar a própria CEDH e vincula todos os Estados partes (BESSON, 2011).

A autoridade interpretativa não se refere ao dever de executar a decisão, mas apenas de se submeter à interpretação dos direitos realizada pelo Tribunal. No caso de inobservância, os Estados descumprem o artigo 1 da Convenção Europeia (reconhecimento dos direitos), além de desrespeitar o dever de boa-fé previsto no artigo 26 da CVDT (ARNARDÓTTIR, 2017), o que consiste em violação primária da CEDH e pode ensejar o peticionamento ao Tribunal.

Arnandóttir (2017) conclui que a doutrina da *res interpretata*, baseada nos artigos 1, 19 e 32 da CEDH e na jurisprudência do SEDH, pode ser descrita como um efeito *erga omnes de facto* para os julgamentos do Tribunal. Admite, porém, que a utilização do termo *erga omnes*, em sua acepção tradicional, pode não se mostrar adequada porque não diferencia a autoridade da decisão (*decision authority*) da autoridade interpretativa (*interpretative authority*), de modo

¹²⁴ Tendo em mente que o Tribunal fornece uma interpretação final autorizada dos direitos e liberdades definidos na Seção I da Convenção, o Tribunal analisará se as autoridades nacionais levaram suficientemente em conta os princípios decorrentes de seus julgamentos sobre questões semelhantes, mesmo quando dizem respeito a outros Estados (tradução livre).

que tem o potencial de expressar obrigações não desejadas, além de não se harmonizar com a interpretação literal do artigo 46.1 da CEDH.

Não obstante, em voto concorrente apresentado no caso *Fabris v. França* (2013), o juiz Pinto de Albuquerque sustentou a presença de “efeito direto e *erga omnes*” nos julgamentos do Tribunal de Estrasburgo. Para tanto, ele invocou a posição do órgão em casos anteriores no sentido de não encerrar um processo mesmo diante da desistência do peticionário, tendo em vista a presença de questões de caráter geral que poderiam afetar a observância da Convenção pelos demais Estados, bem assim a existência de “vítimas potenciais”. Tais circunstâncias evidenciariam que a função jurisdicional do Tribunal ultrapassa a situação concreta submetida.

O voto aduziu, ainda, que os Estados partes não envolvidos no processo não podem fechar os olhos para a autoridade interpretativa do Tribunal, sob pena de não honrarem o princípio da boa-fé. Ademais, argumentou que, ao agir de acordo com os parâmetros fixados na jurisprudência, ainda que não sejam partes demandadas, os Estados não só evitam condenação futura pelo sistema regional, mas também antecipam a implementação dos direitos e liberdades previstos na CEDH. Por fim, o magistrado defendeu que apenas o próprio TEDH teria competência para determinar eventual restrição dos efeitos de seus julgamentos.

Apesar das implicações que essa constatação possa trazer ao Tribunal de Estrasburgo, o qual se torna responsável pela produção de sentenças que sejam capazes de ser aplicadas por todos os Estados do sistema europeu, é certo que o próprio Tribunal já admite que sua jurisprudência é parte integrante da Convenção, de maneira que o caráter juridicamente obrigatório desta, de fato, parece se projetar *erga omnes* (MONTALVO, 2013).

A despeito da dificuldade conceitual no reconhecimento de um efeito *erga omnes* propriamente dito, a doutrina da *res interpretata* vem se desenvolvendo gradativamente nos precedentes do SEDH. Contudo, há um desafio na sua compatibilização com o princípio da subsidiariedade e a teoria da margem de apreciação nacional, incorporados há muito tempo na jurisprudência europeia.

O Tribunal de Estrasburgo sempre reconheceu que os Estados partes da CEDH possuem diferenças substanciais em temas relacionados à moralidade, à religião e à cultura, razão pela qual, em certos casos, é concedido algum grau de liberdade para que eles apliquem as normas convencionais de acordo com a realidade local (GARLICKI, 2012).

Nesse panorama, a teoria da margem de apreciação baseia-se em três premissas: (i) a Convenção estabelece padrões regionais e, dentro de tais padrões, os Estados membros possuem um poder de escolha; (ii) o Tribunal deve respeitar as escolhas feitas pelas autoridades domésticas, desde que não colidam com os padrões regionais; e (iii) o âmbito de alcance dessas

escolhas depende de múltiplos fatores, de modo que a margem de apreciação pode ser ampla, restrita ou mesmo inexistente (GARLICKI, 2012).

A margem de apreciação deve se concentrar nos direitos que não possuem caráter absoluto e não são considerados diretamente essenciais para o livre desenvolvimento da personalidade. Ela não pode constituir uma “imunidade jurisdicional” aos Estados e sua aplicação deve ser limitada unicamente às questões culturais muito sensíveis para as comunidades nacionais, que exijam uma deferência democrática para evitar danos (ROCA, 2013).

No caso *Pretty v. Reino Unido* (2002), envolvendo suicídio assistido, o TEDH assim se manifestou:

in determining whether an interference is “necessary in a democratic society”, the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the national authorities, whose decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention. The margin of appreciation to be accorded to the competent national authorities will vary in accordance with the nature of the issues and the importance of the interests at stake. (§ 70)¹²⁵

Em 2013 foi editado o Protocolo n.º 15 à Convenção Europeia, que adicionou ao seu preâmbulo uma menção ao princípio da subsidiariedade e conferiu aos Estados partes, de forma expressa, uma “margem de apreciação para assegurar os direitos e liberdades” previstos no referido tratado internacional.

Para Arnandóttir (2017), a margem de apreciação pode constituir um lembrete para que o TEDH não se exceda ao estabelecer uma diretriz interpretativa geral em seus julgamentos, considerando a diversidade no cenário europeu. Entretanto, paradoxalmente tal teoria tem representado também um instrumento de operacionalização da *res interpretata* no diálogo com as cortes nacionais, na medida em que ela demanda que os Estados apliquem a jurisprudência regional, o que pode culminar em dois cenários: se a aplicação dos precedentes não se der de maneira adequada, o Tribunal será provocado a corrigir o resultado interpretativo produzido; mas se for aplicada adequadamente, as violações de direitos humanos serão resolvidas em âmbito interno.

Nota-se, assim, que a doutrina da *res interpretata*, se reconhecida pelos tribunais domésticos em um cenário de alteridade, pode inclusive atender à finalidade dos princípios da

¹²⁵ Para determinar se há necessidade de interferência em uma sociedade democrática, o Tribunal considera que uma margem de apreciação é deixada para as autoridades nacionais, cujas decisões permanecem sujeitas à revisão do Tribunal quanto à conformidade com as exigências da Convenção. A margem de apreciação concedida às autoridades competentes nacionais vai variar de acordo com a natureza dos temas e com a importância dos interesses em jogo (tradução livre).

subsidiariedade e da margem de apreciação e evitar que o tribunal regional seja instado a se manifestar.

4.4.2 A migração da doutrina da *res interpretata* para a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Conforme já abordado acima, no precedente *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), a Corte IDH manifestou expressamente que, no exercício do controle de convencionalidade, os Estados devem considerar não apenas o tratado internacional propriamente dito, mas a interpretação deste realizada pelo tribunal interamericano enquanto intérprete autêntico.

No caso *Cabrera García e Montiel Flores v. México* (2010), o juiz interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot apresentou voto concorrente que abordou minuciosamente a teoria do controle difuso de convencionalidade, a qual dialogaria com o princípio da interpretação *pro persona*, estampado no artigo 29 da Convenção, e contribuiria para o estabelecimento de um *Ius Constitutionale Commune* na América.

Em suas razões, o magistrado manifestou que as autoridades judiciárias domésticas devem aplicar a interpretação convencional firmada mesmo nos precedentes em que o Estado não seja parte, pois “*lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del corpus juris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad*”¹²⁶ (§ 51).

Isso porque a interpretação realizada pela Corte sobre as disposições convencionais adquiriria “*la misma eficacia que poseen éstas, ya que en realidad las ‘normas convencionales’ constituyen el resultado de la ‘interpretación convencional’ que emprende la Corte IDH como órgano judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación del corpus juris interamericano*”¹²⁷ (§ 52).

Na resolução de supervisão de cumprimento de sentença referente ao caso *Gelman v. Uruguai* (2013), a Corte de San José estabeleceu que a obrigação dos Estados em realizar o controle de convencionalidade possui duas manifestações distintas: a primeira, quando existe

¹²⁶ O que define a integração da jurisprudência da Corte IDH é a interpretação que este Tribunal Interamericano realiza do corpus juris interamericano com a finalidade de criar um padrão na região sobre sua aplicabilidade e efetividade (tradução livre).

¹²⁷ A mesma eficácia que estas possuem, já que na realidade as normas convencionais constituem o resultado da interpretação convencional que a Corte IDH realiza como órgão judicial autónomo cujo objetivo é a aplicação e interpretação do *corpus juris* interamericano (tradução livre).

uma sentença internacional com caráter de coisa julgada que foi proferida contra o próprio Estado (§ 68). E a segunda, por sua vez, quando mesmo não tendo participado do processo internacional em que foi estabelecida determinada jurisprudência, o Estado deve realizar o referido controle simplesmente por ser parte da Convenção Americana, levando em conta “*el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana*”¹²⁸ (§ 69).

O juiz interamericano Mac-Gregor proferiu importante voto no caso ao realizar diálogo com o SEDH e diferenciar a eficácia subjetiva da sentença interamericana (“coisa julgada internacional” ou *res judicata*), que produz vinculação *inter partes* e obriga o Estado participante do processo a cumprir a sentença integralmente, da eficácia objetiva (“norma convencional interpretada” ou *res interpretata*), que tem vinculação *erga omnes* para todos os Estados partes da CADH e representa um *standard* mínimo interpretativo de efetividade da norma convencional.

Segundo o magistrado, a eficácia subjetiva consiste no dever do Estado que participou do processo internacional de obedecer a sentença interamericana de maneira pronta, íntegra e efetiva, o que abrange a parte dispositiva e também os fundamentos, argumentos e considerações da decisão. Há, nessa hipótese, uma vinculação total derivada do artigo 67 da CADH, que define a sentença da Corte como definitiva e inapelável, e do artigo 68.1 do mesmo tratado, o qual prevê o compromisso dos Estados em cumprir as decisões nos casos em que forem partes.

Conforme exposto no voto, a eficácia objetiva traduz a obrigação dos Estados que decidiram aderir à Convenção Americana de aplicar não só a norma convencional, mas a “norma convencional interpretada” pelo tribunal interamericano. A vinculação, aqui, seria derivada dos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos), 2 (dever de adotar disposições de direito interno para efetivação das normas convencionais) e 69 (notificação da sentença às partes e transmissão aos demais Estados membros da CADH), todos do Pacto de San José.

Para Mac-Gregor, a *res interpretata* constitui um *standard* mínimo regional, de modo que as autoridades nacionais só podem dela se afastar por meio de uma interpretação mais favorável aos direitos humanos (princípio *pro persona*), mediante aplicação do artigo 29.b da CADH, que veda qualquer interpretação da Convenção que limite o gozo de direitos reconhecidos por leis domésticas ou por outras convenções em que os Estados em questão sejam partes.

¹²⁸ O próprio tratado e, conforme o caso, os precedentes e diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana (tradução livre).

Nesse panorama, a eficácia *res judicata* seria direta, completa e absoluta, razão pela qual o Estado que foi parte material na controvérsia internacional não poderia invocar, em qualquer hipótese, uma norma ou interpretação internas para deixar de cumprir a sentença internacional. Por outro lado, a eficácia *res interpretata* seria indireta e relativa, porque apesar de vincular todos os Estados partes da CADH que não participaram do processo, seus efeitos se estenderiam apenas para assegurar o mínimo de efetividade da norma convencional, sendo admitida interpretação nacional diversa que fosse mais favorável à proteção do direito ou liberdade envolvidos.

No caso Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) v. Equador (2013), o juiz Mac-Gregor mais uma vez insistiu no tema. Em voto parcialmente dissidente, ele lamentou a omissão da Corte de San José sobre a integralidade das alegações da CIDH e das vítimas a respeito da violação ao artigo 8.1 da CADH. Em sua opinião, a Corte deveria ter aproveitado a chance para consolidar sua jurisprudência em matéria de devido processo aplicável aos julgamentos políticos de juízes, uma vez que

el Tribunal Interamericano tiene en los tiempos actuales una función interpretativa erga omnes de la Convención Americana más allá del caso particular; situación de especial importancia teniendo en consideración el número reducido de casos que resuelve debido al diseño del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; situación muy diferente a lo que ocurre en el Sistema Europeo, especialmente a partir de la entrada en vigor del Protocolo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por el que desaparece la Comisión Europea y se permite el acceso directo al Tribunal de Estrasburgo (§ 99).¹²⁹

Bazán (2015a) sustenta que a “coisa interpretada internacional” gera uma vinculação “mediata” ou “indireta”, que tem implicações para todos os Estados da CADH em seu dever de prevenção. Nesse sentido, se o pronunciamento da Corte IDH não vinculasse de nenhuma maneira os demais Estados que não foram partes no caso contencioso, a previsão convencional de transmissão da sentença a todos os Estados que integram o sistema não faria qualquer sentido. Por derradeiro, para os fins da análise de convencionalidade, a coisa interpretada deveria ser tomada em consideração inclusive pelos Estados que não protagonizaram a demanda particular.

Os Estados partes do sistema interamericano aceitaram a Convenção Americana de forma soberana, assumindo os deveres por ela outorgados e reconhecendo os direitos nela

¹²⁹ o Tribunal Interamericano tem nos tempos atuais uma função interpretativa *erga omnes* da Convenção Americana para além do caso particular, situação de especial importância tendo em conta o número reduzido de casos resolvidos devido ao desenho do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; situação muito diferente do que ocorre no Sistema Europeu, especialmente a partir da entrada em vigor do Protocolo 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, por meio do qual se extingue a Comissão Europeia e se permite o acesso direto ao Tribunal de Estrasburgo (tradução livre).

previstos. Aceitaram, também de forma soberana, que a Corte IDH é a intérprete autêntica das respectivas disposições convencionais. Logo, a interpretação daquele tribunal estabelece, formal e oficialmente, o alcance dos deveres estatais e dos direitos dos particulares, sendo, por esse motivo, vinculante (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

A dimensão dos efeitos *erga omnes*, evidentemente, restringe-se à delimitação do sentido das normas convencionais e ao entendimento geral daqueles preceitos e não aos fatos e medidas condenatórias específicas consagrados no caso concreto, que somente alcançam o Estado demandado e a vítima que compareceram em juízo (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

Tello Mendoza (2015) critica a doutrina da *res interpretata* e a aceitação da eficácia *erga omnes* produzida pelas decisões do tribunal interamericano, notadamente quando o tema é controle de convencionalidade, uma vez que não haveria nenhuma regra expressa na CADH que autorizasse a Corte a impor sua jurisprudência sobre todo o sistema interamericano. Segundo ele, o reconhecimento de um “efeito irradiador obrigatório” baseado na fundamentação jurisprudencial estabelecida pela própria Corte IDH constitui uma falácia porque parte da premissa que é exatamente o objeto da divergência: a jurisprudência interamericana ser (ou não) vinculante para todos.

Ademais, o autor sustenta que existiria uma diferença entre admitir que a Corte Interamericana é a intérprete autêntica da Convenção, o que é extraído facilmente do caráter definitivo e inapelável de suas sentenças, e aceitar que suas decisões sejam vinculantes para os Estados que não fizeram parte do processo internacional, pois esta última hipótese demandaria a existência de uma norma fixando o mecanismo do *stare decisis*, característico do *common law*, no sistema interamericano (TELLO MENDOZA, 2015).

Também são apontados alguns prejuízos do “efeito irradiador obrigatório”, como a redução da liberdade interpretativa dos juízes nacionais, um sacrifício ideológico decorrente da sobreposição da Corte IDH sobre a ideologia imbuída na Constituição local e a desvalorização de regras do devido processo diante da vinculação de Estados que não foram partes da controvérsia e que, portanto, não puderam se manifestar sobre a tese jurídica. Fala-se, até mesmo, que a *res interpretata* simbolizaria um obstáculo ao diálogo judicial entre o mecanismo regional e os tribunais nacionais (TELLO MENDOZA, 2015).

Tal posicionamento apequena o discurso transformador desenvolvido pela Corte IDH e ignora que o reconhecimento do referido tribunal como intérprete autêntico do sistema interamericano implica, necessariamente, conferir-lhe a última palavra não só sobre o âmbito de aplicação dos direitos, mas também sobre os deveres dos Estados, que aceitaram sua competência de forma soberana e voluntária.

A rejeição à eficácia *res interpretata* das decisões da Corte IDH nega o protagonismo do tribunal interamericano como guardião da CADH, “limitando seu papel como promotor de direitos humanos na região apenas para regular casos concretos submetidos a sua apreciação” (CARVALHO; CALIXTO, 2019). Além disso, o mecanismo interamericano foi estruturado, desde o início, pela lógica do respeito aos precedentes no interesse da segurança jurídica, tomando como modelo o Tribunal de Estrasburgo¹³⁰.

A redução da liberdade interpretativa dos magistrados nacionais é uma consequência da própria aceitação da jurisdição do tribunal interamericano, e não especificamente da doutrina da *res interpretata*. Há, ainda, ampla possibilidade de participação dos Estados partes da CADH no processo interpretativo das normas convencionais, citando-se, por exemplo, a prerrogativa de solicitação de opiniões consultivas, a figura do *amicus curiae* e as audiências públicas.

O diálogo judicial não é prejudicado pela incorporação da doutrina da *res interpretata*, mormente diante do princípio *pro persona*, contemplado pelo Pacto de San José, que permite a adoção de uma interpretação mais favorável aos direitos humanos pelos tribunais domésticos.

Partindo-se do pressuposto de que o controle de convencionalidade exercido de forma concentrado pela Corte é instrumentalizado pelo princípio *pro persona*, infere-se que o reconhecimento da eficácia *res interpretata* dos precedentes interamericanos não acarreta uma sobreposição do sistema interamericano sobre a ordem jurídica interna, mas, na verdade, intensifica o diálogo entre as esferas jurídicas internacional e nacional.

Isso porque, numa perspectiva lógica, a eficácia objetiva indireta dos precedentes da Corte IDH exige que as autoridades públicas domésticas efetivamente considerem os fundamentos utilizados pela jurisprudência interamericana ao efetuarem o controle de convencionalidade difuso. Caso tais autoridades, ainda assim, produzam um resultado interpretativo desfavorável aos direitos humanos, a divergência hermenêutica será, em última análise, devolvida ao tribunal regional. Nesse caso, a Corte IDH, também inserida no ambiente dialógico, pode se utilizar dos institutos do *distinguishing* e *overruling* ou reafirmar seus precedentes e proferir uma condenação – esta sim com eficácia subjetiva (*res judicata*) direta e absoluta.

4.4.3 Diferenciais, potencialidades e desafios ao desenvolvimento da eficácia *res interpretata* nas sentenças interamericanas

¹³⁰ Cf. Chapman v. Reino Unido (2001), Christine Goodwin v. Reino Unido (2002) e Mamatkulov e Askarov v. Turquia (2008), mencionados acima.

Fazendo-se uma comparação com o sistema europeu, percebe-se que a eficácia *res interpretata* encontra um terreno mais fértil no sistema interamericano. É que, como visto, a Corte IDH possui uma atuação constitucional mais avançada a partir da teoria do controle de convencionalidade e do dever outorgado aos Estados de adotar as medidas internas necessárias para assegurar a efetivação dos direitos da CADH, consoante artigo 2 da Convenção.

Demais disso, considerando que os países que compõem o sistema interamericano compartilham de certa identidade constitucional derivada de semelhanças culturais, políticas, históricas e jurídicas, a Corte IDH detém uma liberdade maior para estabelecer o denominado *standard* mínimo regional de proteção de direitos humanos, sem que com isso prejudique ou desconsidere peculiaridades locais dos Estados. Ao que parece, exatamente por esse motivo não se observa o desenvolvimento da teoria da margem de apreciação dentro da jurisprudência interamericana.

Sobre esse assunto, ressalva-se que, no caso *Cabrera García e Montiel Flores v. México* (2010), o juiz Mac-Gregor submeteu voto concorrente e fez referência a uma “*margen de apreciación nacional que deben contar los Estados nacionales para interpretar el corpus juris interamericano*”¹³¹ (§ 87), utilizando como argumento a ascensão dessa doutrina no sistema europeu. Apesar disso, até o presente momento a Corte IDH não invocou tal fundamento para justificar uma postura absenteísta.

A prerrogativa de solicitar opiniões consultivas concedida aos Estados partes da CADH potencializa a efetividade da doutrina da *res interpretata*, na medida em que constitui um relevante instrumento para que a Corte de San José se pronuncie sobre o alcance dos direitos consagrados no sistema interamericano de forma abstrata e geral, em contraste com o limitado modelo europeu, em que a função consultiva da Corte de Estrasburgo originariamente dependia de provocação exclusiva do Comitê de Ministros¹³².

Também se destaca a previsão do artigo 69 da CADH, que determina a transmissão das sentenças não apenas às partes, mas aos demais Estados contratantes, o que permite a difusão do seu conteúdo de maneira formal para conhecimento e observância por todos os demais países.

Finalmente, a manutenção do procedimento bifásico e a estrutura de divisão de trabalhos no mecanismo interamericano faz com que a Corte IDH julgue um número reduzido

¹³¹ Margem de apreciação nacional que devem contar os Estados nacionais para interpretar o *corpus juris* interamericano.

¹³² Atualmente, o Protocolo n.º 16 à CEDH permite que os tribunais superiores dos Estados contratantes também solicitem opiniões consultivas perante o TEDH.

de casos por ano, daí por que o reconhecimento de um efeito interpretativo irradiador em suas decisões tem o condão de disseminar, de modo mais rápido e eficaz, os seus parâmetros de proteção e efetivação de direitos.

O dito “terreno fértil” já tem revelado as potencialidades da eficácia *res interpretata* no sistema interamericano, o que pode ser claramente observado, por exemplo, nas consequências da sólida posição da Corte IDH¹³³ sobre a edição de leis de anistia destinadas aos agentes de repressão das ditaduras militares latino-americanas.

Em julgamento no caso *Barrios Altos v. Peru* (2001), a Corte concluiu que são inadmissíveis disposições de anistia que excluem a responsabilidade dos autores de graves violações de direitos humanos como tortura, execução arbitrária ou desaparecimento forçado (§ 42). Naquele caso específico, decidiu que as leis de anistia editadas pelo Estado processado impediram a investigação e punição dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Altos dentro do contexto da ditadura militar e violaram o direito das vítimas e de seus familiares à proteção judicial e ao esclarecimento do ocorrido (§ 43).

O Tribunal Constitucional do Peru recepcionou o posicionamento da Corte de San José e consignou a necessidade de interpretação dos direitos fundamentais conforme o direito internacional dos direitos humanos, conceito que compreenderia não só os tratados internacionais de que o Estado faz parte, mas também a jurisprudência sobre esses instrumentos expedida pelos órgãos constituídos para proteção dos direitos humanos.¹³⁴

Na Argentina, mesmo sem haver decisão da Corte IDH com eficácia subjetiva (*res judicata*) vinculando o Estado, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 25.779, declarando a nulidade das denominadas normas “de obediência devida” e “ponto final”, que impediam a responsabilização dos autores das violações perpetradas no período da ditadura militar. Durante as discussões parlamentares, o caso *Barrios Altos v. Peru* (2001) foi mencionado múltiplas vezes como fundamento para demonstrar que tais normas seriam incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos.¹³⁵

¹³³ Como assinala Veçoso (2013), a Corte Interamericana estabeleceu sólida posição de que as violações relacionadas ao contexto de transição política na América Latina devem, necessariamente, ser investigadas e julgadas. Percebe-se “um discurso universalista, afirmando-se o caráter imperativo das regras de direito internacional de direitos humanos violadas pelos Estados nos casos concretos” (p. 391). O dever de investigar é concebido no sistema interamericano como uma garantia para evitar a repetição crônica de violações de direitos humanos e garantir o acesso à justiça, o direito das vítimas, de seus familiares e da sociedade de conhecer a verdade sobre o ocorrido e a reparação devida (FEUILLADE, 2010).

¹³⁴ Tribunal Constitucional do Peru. Exp. 4587-2004-AA/TC. Sentença de 29 de novembro de 2005.

¹³⁵ Câmara dos Deputados da Nação Argentina. *Diario de Sesiones, 4º sesión ordinaria (especial)*, 12 de agosto de 2003.

Em 2005, a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina declarou a inconstitucionalidade das referidas leis de “obediência devida” e “ponto final” daquele país. O tribunal em questão levou em conta o precedente estabelecido contra o Peru e deliberou que a transposição das conclusões da Corte Interamericana no caso ‘Barrios Altos’ ao caso argentino seria imperativa, eis que as decisões do tribunal internacional mencionado devem ser interpretadas de boa fé como diretrizes jurisprudenciais; (§ 24) e foi além ao asseverar que a sujeição do Estado Argentino à jurisdição interamericana impediria que o princípio da irretroatividade da lei penal fosse invocado para o descumprimento dos deveres assumidos em matéria de apuração de graves violações aos direitos humanos (§ 32).¹³⁶

Da mesma forma, a Suprema Corte de Justiça do Uruguai declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 15.848 (“Ley de Caducidad”), que impossibilitava a responsabilização dos crimes praticados por agentes estatais durante o regime militar. Muito embora também não houvesse (ainda) condenação contra o Estado Uruguaio, foi ponderado que:

En el ámbito jurisdiccional, cabe recordar algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declaran nulas leyes de amnistía dictadas para impedir el castigo de los responsables de violaciones graves de derechos humanos y que establecen el deber de los jueces y tribunales nacionales de velar por la aplicación de las normas internacionales frente a “leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.^{137,138}

Anos depois, a Corte Interamericana julgou o caso *Gelman v. Uruguai* (2011) e reconheceu que o tribunal interno realizou “um adequado controle de convencionalidade a respeito da Ley de Caducidad” (§ 239). Mesmo assim, condenou o Estado Uruguaio à obrigação de impedir que a referida lei fosse utilizada para obstar a investigação dos fatos apreciados e a eventual punição dos responsáveis, tendo em vista sua incompatibilidade com a CADH e com a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado (Ponto Resolutivo n.º 11).

Em sentença proferida em 2002, a Corte Constitucional da Colômbia também enfrentou o tema da anistia. Na fundamentação, foi ressaltado que os princípios de direito internacional recepcionados pelo Estado, o Estatuto de Roma e o ordenamento constitucional colombiano “*no admiten el otorgamiento de auto amnistías, amnistías en blanco, leyes de punto*

¹³⁶ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. *Recurso de Hecho*. Julio Héctor Simon e outros. Causa n. 17.768. Decisão de 14 de julho de 2005.

¹³⁷ Suprema Corte de Justiça do Uruguai. Sentença n.º 365 de 19 de outubro de 2009.

¹³⁸ No âmbito jurisdiccional, cabe recordar alguns casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos que declaram nulas leis de anistia editadas para impedir a punição dos responsáveis por violações graves de direitos humanos e que estabelecem o dever dos juízes e tribunais nacionais de velar pela aplicação das normas internacionais frente a “leis contrárias a seu objeto e finalidade e que desde o início carecem de efeitos jurídicos” (tradução livre).

*final o cualquiera otra modalidad que impida a las víctimas el ejercicio de un recurso judicial efectivo como lo ha subrayado la Corte Interamericana de Derechos Humanos*¹³⁹. Registrou-se, ainda, em nota de rodapé:

Por ejemplo, en el caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú), Sentencia de 14 de Marzo de 2001 la Corte Interamericana decidió que las leyes de amnistía peruanas eran contrarias a la Convención y que el Estado era responsable por violar el derecho de las víctimas a conocer la verdad sobre los hechos y obtener justicia en cada caso en el contexto nacional.^{140,141}

Apesar de demonstrar a capacidade de difusão e permeabilidade da jurisprudência interamericana, a questão das leis de anistia também revela a existência de um desafio ainda grande no reconhecimento da eficácia *res interpretata* das sentenças interamericanas pelos Estados partes da CADH.

O acatamento dos *standards* interpretativos fixados pela Corte Interamericana não se opera de forma automática, eis que depende do grau de interseção verificado entre os sistemas nacional e o interamericano. Desse modo, para se compreender a efetividade da relação intersistêmica, é preciso analisar se há real interação entre ambas as esferas na interpretação da norma objeto de análise (BARBOSA; LORETO, 2019). Nesse sentido, a postura do Estado Brasileiro merece um melhor aprofundamento.

Tal como outros países latino-americanos, o Brasil editou a Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, concedendo anistia a todos os indivíduos que, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos.

No ano de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153 perante o STF, requerendo a interpretação do artigo 1º, parágrafo único, da Lei da Anistia conforme a Constituição da República de 1988, com o escopo de se declarar que a anistia concedida aos crimes políticos não contemplaria crimes comuns praticados pelos agentes de repressão (civis ou militares) contra opositores políticos durante a ditadura militar.

¹³⁹ Não admitem a concessão de autoanistias, anistias em branco, leis de ‘ponto final’ ou qualquer outra modalidade que impeça as vítimas de exercer um recurso judicial efetivo, como assinalado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (tradução livre).

¹⁴⁰ Corte Constitucional da Colômbia. Sentença C-695/02 de 28 de agosto de 2002.

¹⁴¹ Por exemplo, no caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre e outros v. Peru), Sentença de 14 de março de 2011, a Corte Interamericana decidiu que as leis de anistia peruanas eram contrárias à Convenção e que o Estado era responsável por violar o direito das vítimas a conhecer a verdade sobre os fatos e obter justiça em cada caso no contexto nacional (tradução livre).

A ação foi julgada improcedente em 28 de abril de 2010¹⁴², tendo o tribunal brasileiro decidido, em suma, que a interpretação judicial da Lei n. 6.683/1979 deveria se operar em consonância com a realidade histórico-social em que ela foi produzida – isto é, o momento de transição entre a ditadura e a democracia política, em uma atmosfera de reconciliação nacional. Assim, deliberou-se que a Lei da Anistia seria válida e sua revisão competiria apenas ao Poder Legislativo, em decisão política, e não ao Judiciário.

É importante destacar que, à época daquele julgamento, a jurisprudência da Corte IDH sobre justiça de transição¹⁴³ já se encontrava bastante evoluída e, no que se refere especificamente ao objeto da ação, a inadmissibilidade de disposições de anistia já havia sido concebida não só no caso *Barrios Altos v. Peru* (2001), mas também nos precedentes *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006) e *La Cantuta v. Peru* (2006).

Para não se dizer que o tribunal ignorou, por completo, a jurisdição da Corte de San José, o Ministro Celso de Mello aduziu, em seu voto¹⁴⁴, conhecer o entendimento do sistema interamericano acerca das leis de anistia. Contudo, em interpretação própria da CADH, o magistrado justificou que a Lei n. 6.683/1979 diferenciava-se das legislações latino-americanas repudiadas pela convenção, pois não contemplava uma “autoanistia”, mas sim uma anistia de caráter bilateral, decorrente de um suposto acordo político¹⁴⁵, que fora aplicada tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes de repressão.

A posição refratária¹⁴⁶ do STF, associada a outras circunstâncias internas do Estado Brasileiro, culminou em uma condenação posterior pela Corte IDH: o caso *Gomes Lund e*

¹⁴² O Conselho Federal da OAB opôs embargos declaratórios em face da decisão que julgou improcedente a ADPF e, após, apresentou uma petição aditiva ao recurso, sustentando a ocorrência de fato novo consubstanciado na condenação do Estado Brasileiro no caso “Guerrilha do Araguaia”. O expediente processual, que exige um pronunciamento do STF acerca do suposto conflito entre as decisões, ainda se encontra pendente de análise. De acordo com informações do portal do STF, em 2014 os autos da ADPF n. 153 foram apensados à ADPF n. 320, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para questionar os efeitos da Lei da Anistia diante da condenação da Corte IDH no caso “Guerrilha do Araguaia”.

¹⁴³ Em sua primeira sentença de mérito proferida no caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (1988), a Corte IDH já havia incorporado o propósito da justiça de transição ao reconhecer a responsabilidade do governo hondurenho por uma política de desaparecimentos forçados implantada durante um regime de exceção.

¹⁴⁴ F. 26-27 do voto do Ministro Celso de Mello na ADPF n. 153.

¹⁴⁵ Piovesan (2018b) critica a decisão do STF, asseverando que ela não apenas denegou às vítimas o direito à justiça, “como também reescreveu a história brasileira mediante uma lente específica, ao atribuir legitimidade político-social à história brasileira em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional” (p. 466).

¹⁴⁶ Ressalva-se que, a despeito de sua postura no referido caso, a Suprema Corte Brasileira obteve importantes progressos nos últimos anos para a penetração do direito internacional dos direitos humanos no plano jurídico interno, destacando-se, a título exemplificativo, os precedentes acerca da inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel (Recurso Extraordinário n. 466.343/SP) e da inexigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista (Recurso Extraordinário n. 511.961/SP). Observa-se o fenômeno de passagem do *Gesetzstaat* ao *Richterstaat*, isto é, a transição da prevalência do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, de modo que “o manto da Justiça tem servido para atender às singelas e complexas demandas da sociedade contemporânea” (ADAM; BÓS E SILVA; LEONETTI, 2013).

outros v. Brasil (2010), cuja sentença assinalou que: “o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar” (§ 175).

Anos depois, a Corte IDH apreciou, também, o caso Vladimir Herzog e outros v. Brasil (2018) e teve a oportunidade de reafirmar seu posicionamento sobre a Lei da Anistia brasileira. Reiterando a incompatibilidade da Lei n. 6.683/1979 com a CADH, foi ponderado que, apesar de o direito internacional humanitário justificar a emissão de anistia no encerramento de hostilidades em conflitos armados de caráter não internacional para possibilitar o retorno à paz, não se pode admitir impunidade quanto aos crimes de guerra e contra a humanidade.

O quadro brasileiro demonstra, portanto, que ainda pode existir dificuldade na efetiva incorporação da jurisprudência interamericana pelos Estados, cuja solução reclama, por parte das autoridades estatais domésticas, uma maior disposição ao diálogo e à abertura constitucional.

5 O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A tutela dos direitos humanos fundamentais constitui o âmago do interesse público que compete ao Estado perseguir. Com efeito, entre as atividades estatais, a função administrativa é aquela que se encontra mais próxima ao cidadão, pois são os órgãos e entidades da Administração Pública que se deparam, diariamente, com os diversos problemas sociais que reclamam a atuação do Estado, daí por que “nada mais lógico do que reservar a essa esfera estatal o papel de protagonista no comando das ações voltadas a atender as necessidades humanas essenciais” (HACHEM, 2014, p. 554).

Em praticamente toda interação com o Estado, os indivíduos esperam uma decisão administrativa relativa a algum aspecto de sua vida em sociedade: no exercício de atividades próprias do Estado, na satisfação e garantia dos direitos fundamentais, na utilização de serviços públicos, no exercício de atividades econômicas em sentido estrito reguladas, no exercício de atividades sujeitas ao poder sancionador da Administração e até mesmo em pleitos mais básicos, como na solicitação de documentos ou certidões perante repartições públicas (GUSSOLI, 2019).

Nesse panorama, é possível falar em tutela administrativa efetiva dos direitos humanos, que encontra no controle de convencionalidade uma técnica primordial para a implementação dos direitos assegurados em instrumentos do direito internacional, haja vista que “o dever do Poder Público de atender todos os direitos humanos e fundamentais de forma espontânea, integral e igualitária passa pela verificação da compatibilidade de normas internas, ações e omissões administrativas com os tratados internacionais de direitos humanos” (GUSSOLI, 2020, p. 19).

Nos capítulos anteriores, foram abordados os processos jurídicos de aproximação entre a atividade administrativa e a promoção e proteção dos direitos humanos fundamentais, as premissas teóricas que caracterizam a relação entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos no marco da convencionalização do Estado Constitucional e o surgimento do controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte IDH como técnica essencial para assegurar a incorporação dos parâmetros interamericanos de proteção de direitos humanos.

Definido esse panorama, propõe-se, no presente capítulo, a abordar a possibilidade do exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública brasileira. Assim, na primeira parte são explorados os fundamentos jurídicos que tornam o referido controle um

dever de todos os agentes públicos, sob a perspectiva interna e do direito internacional. Na segunda parte, são definidas as diretrizes para a realização do controle de convencionalidade, ou seja, sua finalidade, critério, formas de exercício, paradigma, alcance, procedimento, efeitos e diferenciais de utilização no campo administrativo. Já na terceira parte, são antecipadas algumas críticas que podem surgir sobre o tema, em paralelo com o tradicional controle de constitucionalidade. Por fim, na quarta e última parte, são apresentados os parâmetros interamericanos de proteção de direitos humanos fundamentais que podem ser incorporados na utilização do controle de convencionalidade pela Administração Pública.

5.1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO UM DEVER DE TODOS OS AGENTES PÚBLICOS

Como visto, desde o precedente *Gelman v. Uruguai* (2011), a Corte IDH atribuiu a todos os agentes públicos dos Estados que integram o SIDH o dever de realizar o controle de convencionalidade para garantir o respeito aos compromissos assumidos internacionalmente em matéria de direitos humanos. Assim sendo, afigura-se necessário explorar os fundamentos jurídicos que respaldam o reconhecimento de tal dever, sob a ótica do direito internacional e, também, do ordenamento jurídico interno brasileiro.

5.1.1 Responsabilidade unitária do Estado nas relações internacionais

Sob a perspectiva do direito internacional, o dever de realizar o controle de convencionalidade, atribuído à Administração Pública, encontra respaldo no princípio da responsabilidade unitária do Estado no âmbito internacional.

No emblemático precedente *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), em que a Corte IDH consagrou a técnica do controle de convencionalidade difuso como uma obrigação dos Estados que integram o SIDH, foi ressaltado que

A aplicação, por parte de agentes ou funcionários do Estado, de uma lei que viole a Convenção gera responsabilidade internacional do Estado, sendo um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, reconhecido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o fato de que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos que violem os direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana (§ 123).

A responsabilidade é característica essencial de qualquer sistema jurídico¹⁴⁷ e, no plano internacional, possui fundamento na igualdade soberana entre os Estados. Com efeito, a responsabilidade internacional do Estado compreende uma reação jurídica, qualificada como instituição, princípio geral do direito, obrigação ou situação jurídica, por meio da qual o direito internacional responde diante das violações de suas normas, demandando a preservação da ordem jurídica vigente por meio da reparação dos danos causados (RAMOS, 2005). Seu objetivo é, portanto, reparar e satisfazer os danos materiais e éticos decorrentes da violação à norma internacional (MAZZUOLI, 2019a).

A ideia de responsabilidade internacional é eminentemente coletiva, como pontua Mazzuoli (2019a, l. 802):

o conceito de responsabilidade no contexto internacional é muito mais coletivo que individual. Quando um agente ou funcionário do Estado erra e comete violação de direito de outrem, ou quando um tribunal interno deixa de aplicar um tratado vigente, negando eventual direito a um estrangeiro protegido por esse tratado, é o Estado para o qual o agente trabalha que, em princípio, responde pelo dano na órbita internacional.

Constituem elementos da responsabilidade no âmbito da proteção internacional dos direitos humanos: (i) a existência de um fato internacionalmente ilícito, que consiste no descumprimento dos deveres de garantia e respeito aos direitos humanos previstos nos tratados e convenções ratificados pelo Estado; (ii) o resultado lesivo (dano), que abrange os prejuízos causados às vítimas; e (iii) o nexos causal (imputabilidade) entre o fato e o resultado lesivo (RAMOS, 2005).¹⁴⁸

Vale esclarecer que o conceito de ilicitude, nesse caso, se opera sob a ótica internacional e não tem como ponto de referência o direito interno, sendo irrelevante perquirir se o fato é lícito ou não conforme a ordem jurídica doméstica. Ou seja, a responsabilidade internacional tem por base a violação de uma norma internacional¹⁴⁹ (MELLO, 2004). Além

¹⁴⁷ Segundo reflete Ramos (2005), “o estudo da proteção internacional dos direitos humanos está intimamente relacionado ao estudo da responsabilidade internacional do Estado, pois tal responsabilização é essencial para reafirmar a juridicidade das normas internacionais de direitos humanos. Com efeito, a negação dessa responsabilidade acarreta a negação do caráter jurídico da norma internacional” (p. 55). Da mesma forma, Mello (2004) assevera que: “a ideia de responsabilidade está na base de qualquer forma de vida social. (...) Nenhum sistema de direito pode existir sem atribuir aos seus sujeitos deveres ao lado de direitos. Ela [responsabilidade] surge, como já vimos, quando o Estado viola uma norma internacional, isto é, quando o Estado viola o dever que tem de respeitá-la” (p. 501).

¹⁴⁸ Os elementos em questão se relacionam à teoria objetiva (ou do risco), segundo a qual o Estado é responsável pelo simples fato de violar uma norma internacional, sempre que existir um nexos de causalidade entre o ilícito e este Estado. Difere-se da teoria subjetiva (ou da culpa), que pressupõe uma atuação culposa e a identificação do respectivo elemento psicológico para a caracterização da responsabilidade (MELLO, 2004).

¹⁴⁹ Mello (2004) aponta, contudo, que a responsabilidade no direito internacional público pode se configurar sem que haja um fato ilícito. Seria o caso, por exemplo, das atividades lícitas que apresentam riscos excepcionais, como os atos de exploração nuclear. Nessa hipótese, o dano deixa de ser uma condição da responsabilidade.

disso, destaca-se que o dano não é necessariamente material, isto é, não possui em todos os casos uma expressão econômica, o que significa que a reparação a ser fixada também pode ser destituída de valor econômico (REZEK, 2018).

A imputabilidade é o elemento de ligação entre o ilícito e quem é responsável por ele. Não se confunde com a autoria, pois o efetivo autor do ilícito nem sempre é o responsável por ele perante a ordem internacional (MELLO, 2014). Por conseguinte, a ação ou omissão caracterizada como ilícita à luz do direito internacional deve ser imputável a uma pessoa jurídica inscrita nessa mesma ordem, ou seja, a um Estado ou a uma organização internacional que voluntariamente assumiu as obrigações convencionais (REZEK, 2018).

Isso implica que o Estado é responsável pelos atos realizados por todos os seus agentes, na medida em que a imputabilidade se relaciona à prática de atos vinculados à soberania (MELLO, 2014). Não importa, para fins de responsabilização internacional, se o Estado é unitário ou possui divisões internas, como é o caso dos Estados Federais. É sempre o Estado, na condição de sujeito do direito internacional público e entendido como um todo único, que será responsabilizado, ainda que o ato ilícito seja praticado por seus órgãos ou funcionários descentralizados (MAZZUOLI, 2019a).

Nesse sentido, as províncias federadas – ou entes subnacionais –, embora ostentem personalidade jurídica de direito interno, não são idôneas para figurar na relação internacional, de modo que o ato ilícito por elas provocado será de responsabilidade do ente soberano a que se subordinam. Pela mesma razão, a responsabilidade se configura pela ação de órgãos de qualquer natureza ou nível hierárquico, inclusive no exercício de competências legislativas ou judiciárias (REZEK, 2018).

Desse modo, para o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos, os Estados possuem a obrigação de promover um controle de seus órgãos e agentes internos, com o escopo de evitar violações às obrigações contraídas em sede convencional, sob pena de responsabilidade internacional. Tal circunstância contribui para a concessão de efetividade (*effet utile*) aos tratados de proteção desses direitos e seus propósitos (MAZZUOLI, 2019a).

Ramos (2005) explica que, como consequência da responsabilização internacional, surge o dever de reparação, o qual engloba “toda e qualquer conduta do Estado infrator para eliminar as consequências do fato internacionalmente ilícito, o que compreende uma série de atos” (p. 58). Envolve, assim: (i) a restituição na íntegra, isto é, o retorno ao *status quo ante*; (ii) a cessação do ilícito; (iii) a satisfação, concebida como um conjunto de medidas voltadas ao reconhecimento da infração cometida e consequente demonstração de pesar pelo fato, à fixação de indenização punitiva (“*punitive damages*”), à determinação de obrigações de fazer

(reabilitação, estabelecimento de datas comemorativas e homenagens às vítimas e elaboração de materiais educacionais que retratem as violações sofridas); (iv) indenização, na hipótese de impossibilidade de retorno ao *status quo ante*; e (v) garantias de não-repetição, que abrangem atos praticados para evitar a reiteração da conduta violadora.

A Comissão de Direito Internacional (CDI) da ONU aprovou, durante a 48ª Sessão realizada no ano de 1996, o primeiro Projeto de Artigos sobre Responsabilidade do Estado por Atos Internacionalmente Ilícitos (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*), com o intuito de subsidiar a elaboração de uma convenção internacional sobre a matéria. Em razão das críticas de alguns Estados, novo texto foi elaborado e aprovado na 53ª Sessão em 2001, sendo posteriormente encaminhado à Assembleia-Geral – que, apesar de ainda não o ter adotado formalmente, convidou os Estados a observar seu conteúdo na 62ª Sessão realizada em 2007. Embora se trate de mero projeto, o referido documento tem constituído relevante guia interpretativo para os tribunais internacionais sobre o tema da responsabilidade (MAZZUOLI, 2019a).

O artigo 4º do projeto contempla o princípio da responsabilidade unitária do Estado (ou unicidade do Estado) no âmbito das relações internacionais:

Article 4. Conduct of organs of a State

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.¹⁵⁰

O relatório da CDI com comentários ao projeto¹⁵¹ prescreve diretrizes importantes sobre as implicações de tal princípio na atuação estatal. De modo geral, esclarece que não há uma categoria específica de órgãos estatais pré-definida para fins de responsabilização internacional, de forma que qualquer órgão que integra a estrutura do Estado tem o potencial de praticar ilícitos internacionais. Assinala, nesse sentido, que a diversidade das obrigações internacionais não permite uma distinção geral entre órgãos que podem cometer tais atos e órgãos que não o podem.

¹⁵⁰ Artigo 4. Conduta dos órgãos de um Estado. 1 A conduta de qualquer órgão do Estado será considerada um ato desse Estado nos termos do direito internacional, quer o órgão exerça funções legislativas, executivas, judiciais ou quaisquer outras, qualquer que seja a posição que ocupe na organização do Estado, e qualquer que seja sua natureza como um órgão do governo central ou de uma unidade territorial do Estado. 2. Um órgão inclui qualquer pessoa ou entidade que tenha esse *status* de acordo com o direito interno do Estado (tradução livre).

¹⁵¹ Publicado no *Yearbook of International Law Commission*, v. II, parte 2, de 2001.

Ademais, o relatório registra que a referência aos órgãos estatais contida no artigo 4º deve ser compreendida em sentido abrangente:

the reference to a State organ in article 4 is intended in the most general sense. It is not limited to the organs of the central government, to officials at a high level or to persons with responsibility for the external relations of the State. It extends to organs of government of whatever kind or classification, exercising whatever functions, and at whatever level in the hierarchy, including those at provincial or even local level. No distinction is made for this purpose between legislative, executive or judicial organs (p. 40).¹⁵²

Acerca do tema, García Ramírez (2011) conclui que:

el Estado – una abstracción, que se concreta dolorosamente en la especie de las violaciones a derechos humanos – no actúa por sí mismo, que no podría, sino a través de órganos o personas cuya conducta – activa u omisiva, según el régimen aplicable – determina la responsabilidad internacional del Estado (p. 142).¹⁵³

A CVDT, concluída em 23 de maio de 1969, estabelece o princípio *pacta sunt servanda*, dispondo que todo tratado internacional em vigor obriga as partes e deve ser cumprido de boa-fé (artigo 26), bem como que o Estado-parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (artigo 27).

Isso significa que, para os organismos internacionais, o direito interno não existe como uma ordem jurídica vinculante e compreende apenas um “fato institucional” que não deve contrariar as normas e princípios do direito internacional. Assim, os Estados não podem alegar disposições e repartições de competências de direito interno para se furtar ao cumprimento de obrigações internacionais, uma vez que, ao assumir tais obrigações, eles se comprometem a modificar suas leis domésticas para adequá-las aos tratados e convenções ratificados (QUEIROZ, 2009).

No caso do SIDH, o artigo 1.1 da CADH confere aos Estados partes a obrigação de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção; e o artigo 2, por sua vez, consubstancia um dever de adaptação dos ordenamentos jurídicos internos para assegurar o exercício dos referidos direitos. Este último dispositivo determina a adoção de “medidas legislativas ou de outra natureza” e deve ser interpretado, portanto, em sentido amplo,

¹⁵² A referência a um órgão do Estado contida no artigo 4º tem abrangência o mais geral possível. Não se limita aos órgãos do governo central, a funcionários de alto nível ou a pessoas encarregadas das relações exteriores do Estado. Estende-se a órgãos de governo de qualquer tipo ou classificação, exercendo quaisquer funções e em qualquer nível da hierarquia, incluindo aqueles a nível regional ou mesmo local. Nenhuma distinção é feita para este fim entre órgãos legislativos, executivos ou judiciais (tradução livre).

¹⁵³ o Estado – uma abstração, que se concretiza nas espécies de violações dos direitos humanos – não age por si mesmo, o que seria impossível, mas por meio de órgãos ou pessoas cuja conduta – ativa ou omissiva, segundo o regime aplicável – determina a responsabilidade internacional do Estado (tradução livre).

alcançando não apenas a atividade legislativa, mas também as funções jurisdicionais, administrativas, políticas e, até mesmo, de revisão constitucional.

Em sua primeira sentença de mérito proferida no caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (1988), a Corte IDH teceu considerações importantes sobre a atuação do Poder Público e a imputação da responsabilidade do Estado em nível internacional. Oportuno transcrever os parágrafos 169 e 170:

De acordo com o artigo 1.1, é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância na qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente um direito, se está perante uma hipótese de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo (§ 169) [...]

Essa conclusão é independente de que o órgão ou funcionário tenha atuado em contravenção de disposições do direito interno ou ultrapassado os limites de sua própria competência, uma vez que é um princípio de Direito Internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos ainda se atuarem fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno (§ 170).

Por meio da Opinião Consultiva OC-14/94, a Corte ponderou que, ao mesmo tempo em que o artigo 2 da CADH determina a adoção de medidas legislativas (ou de outra natureza) para assegurar a efetivação dos direitos contemplados na Convenção, ele demanda que leis contrárias ao objeto e finalidade da CADH não sejam adotadas (§ 33).¹⁵⁴ Seguindo essa linha argumentativa, o tribunal manifestou, por unanimidade:

Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto (Ponto Resolutivo n. 2).¹⁵⁵

Para se compreender as repercussões desse posicionamento da Corte regional, é preciso considerar, ainda, que a jurisprudência interamericana entende que a responsabilidade internacional do Estado “pode ser gerada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana” (Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*, 2001, § 72). Em função disso, nenhum agente estatal, no exercício de

¹⁵⁴ Também no julgamento do caso *Castillo Petruzzi e outros v. Peru* (1999), a Corte IDH afirmou que o artigo 2 da CADH possui dupla finalidade: em primeiro lugar, a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que representem violação às garantias previstas na Convenção; em segundo lugar, a elaboração de normas e o desenvolvimento de práticas que se coadunem à observância de tais garantias (§ 207).

¹⁵⁵ Que o cumprimento por agentes ou funcionários do Estado de uma lei que viola manifestamente a Convenção gera responsabilidade internacional para esse Estado. Caso o ato de cumprimento constitua *per se* um crime internacional, também gera a responsabilidade internacional dos agentes ou funcionários que praticaram o ato (tradução livre).

qualquer função e independentemente da posição hierárquica, deve aplicar uma lei contrária à CADH.

O artigo 63.1 da Convenção constitui o núcleo da responsabilidade internacional dos Estados no âmbito do SIDH, na medida em que outorga à Corte IDH a competência para a adoção de medidas reparatórias, satisfativas e de cessação do ilícito internacional. Conforme já deliberou a própria Corte no julgamento do caso *Ximenes Lopes v. Brasil* (2006), entre outros precedentes:

o artigo 63.1 da Convenção Americana reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Desta maneira, ao ocorrer um fato ilícito imputável a um Estado, surge de imediato a responsabilidade internacional deste pela violação da norma internacional de que se trata, com o conseqüente dever de reparação e de fazer cessar as conseqüências da violação. Essa responsabilidade internacional é diferente da responsabilidade no direito interno. (§208) [...]

A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior à violação. Caso isso não seja possível, cabe ao Tribunal internacional determinar uma série de medidas para que, além de garantir o respeito dos direitos infringidos, sejam reparadas as conseqüências das infrações e estabelecido o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos ocasionados ou outras modalidades de satisfação (§ 209).

O SIDH conta com um mecanismo de reparações consideravelmente amplo se confrontado com outros modelos internacionais. É o que afirma Bazán (2015a) em análise comparativa com a CEDH:

En función de lo que adelantábamos en torno a la mayor amplitud del rol acordado por la CADH a la Corte IDH en este campo, vis-à-vis otros sistemas protectorios, basta con repasar el artículo 41 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, que – bajo el epígrafe de “Arreglo equitativo” – establece: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa” (p. 32).¹⁵⁶

Em suma, a partir da análise das aludidas disposições convencionais e da interpretação formulada pela Corte IDH, podem ser extraídas algumas proposições acerca da responsabilidade internacional no SIDH: (i) o artigo 2 da CADH estabelece um dever de adequação do ordenamento jurídico interno dos Estados, que implica a rejeição de leis contrárias à Convenção; (ii) a aplicação de uma lei que viole as disposições da Convenção por

¹⁵⁶ Com base no que já foi exposto quanto à maior abrangência do papel conferido pela CADH à Corte Interamericana neste campo, vis-à-vis outros sistemas de proteção, basta considerar o artigo 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Libertades Fundamentais de 1950, que – sob o título de “reparação razoável” – estabelece: “Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às conseqüências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário” (tradução livre).

parte de agentes do Estado acarreta responsabilidade internacional; (iii) a responsabilidade pode se configurar a partir da atuação de qualquer órgão estatal, independentemente da hierarquia e funções exercidas; e (iv) uma vez configurada a responsabilidade internacional, a Corte IDH detém competência para adotar amplas medidas reparatórias contra o Estado.

A idealização do controle difuso de convencionalidade, desde o início, foi associada à responsabilidade unitária do Estado nas relações internacionais, o que pode ser extraído do precursor voto do juiz Sergio García Ramírez no caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (2003):

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio – sin que esa representación repercuta – sobre el Estado en su conjunto – y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional (§ 27).¹⁵⁷

Como já apontado no presente trabalho, tal associação foi estabelecida, a princípio, para justificar a vinculação dos órgãos jurisdicionais dos Estados às obrigações internacionais em matérias de direitos humanos. García Ramírez (2011) pormenoriza seu raciocínio em artigo sobre o tema, afirmando que *“los órganos jurisdiccionales, que son integrantes del Estado, se hallan igualmente comprometidos por el derecho internacional de los derechos humanos, de onde resulta um cimento del controle interno de convencionalidad”*¹⁵⁸ (p. 140).

Não obstante, a premissa é a mesma para os órgãos administrativos¹⁵⁹. Embora tradicionalmente tenham desenvolvido suas funções sob uma limitada lógica de legalidade estrita¹⁶⁰, mediante presunção de validade das leis, fato é que, para o direito internacional, tal particularidade é irrelevante, pois a aplicação de uma norma jurídica contrária aos parâmetros

¹⁵⁷ Para os fins da Convenção Americana e para o exercício da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, o Estado é plenamente responsável, como um todo. Nesse sentido, a responsabilidade é global, refere-se ao Estado como um todo e não pode estar sujeita à divisão de competências definida pelo direito interno. Não é possível seccionar o Estado internacionalmente, obrigar perante o Tribunal apenas um ou alguns dos seus órgãos, entregar-lhes a representação do Estado no julgamento – sem que essa representação tenha repercussões no Estado como um todo – e subtrair outros órgãos deste regime de responsabilidade convencional, deixando suas ações fora do “controle de convencionalidade” que traz consigo a jurisdição do Tribunal Internacional (tradução livre).

¹⁵⁸ Os órgãos jurisdicionais, que são integrantes do Estado, também são regidos pelo direito internacional dos direitos humanos, que é a base do controle interno de convencionalidade (tradução livre).

¹⁵⁹ Gussoli (2020) comenta, sobre o assunto, que a doutrina do controle de convencionalidade se apoia “na interpretação de que na falha do Poder Legislativo de adequar o ordenamento para compatibilizá-lo com a Convenção, cabe aos outros Poderes estatais proceder no controle de convencionalidade das normas para garantir a preservação das normas convencionais que o Estado se comprometeu seguir” (p. 5-6).

¹⁶⁰ Tal lógica vem sendo desafiada atualmente, sobretudo a partir do fenômeno denominado no presente trabalho de “constitucionalização” da atividade administrativa (cf. Capítulo 2, Seção 2.1). O tema será aprofundado na seção seguinte.

internacionais de proteção de direitos humanos, no âmbito da atividade administrativa, acarreta, tal como no campo jurisdicional, a responsabilidade internacional. Por conseguinte, as repercussões dessa responsabilidade recaem sobre o Estado como um todo, não se restringindo a alguns poderes, órgãos ou agentes.

É exatamente diante desse contexto que a Corte IDH, no caso *Gelman v. Uruguai* (2011), esclareceu que o exercício do controle de convencionalidade não se limita à atividade jurisdicional, devendo alcançar toda autoridade pública doméstica, sem qualquer distinção de competência e/ou hierarquia, sob o risco de se vulnerar o já referido princípio *pacta sunt servanda*. Nessa lógica, assevera Rodríguez (2015):

La proyección de los derechos humanos, así como su tutela, no se limita a una determinada función estatal, sino que impacta en todas las esferas competenciales del Estado, ya que éste tiene la obligación ineludible de salvaguardar la vigencia de dichos derechos, así como lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta obligación surge del principio Pacta Sunt Servanda, el cual vincula al Estado, como ente único e individual, que forma parte de un Tratado, en este caso a la Convención, y no sólo a los órganos que participaron en la celebración y ratificación del mismo (p. 169).¹⁶¹

Ressalva-se que, em razão da estrutura hierárquica da Administração Pública, alguns autores divergem na delimitação de quais agentes públicos seriam legitimados a realizar o controle de convencionalidade, notadamente na modalidade repressiva. Com efeito, Moroni Romero (2013) argumenta que, ao aduzir que o referido controle deve ser exercido pelas autoridades estatais no marco de suas respectivas competências e regras processuais correspondentes, a Corte IDH limitaria níveis de exercício do controle que podem ser exercidos a depender do órgão estatal e conforme a situação concreta analisada, deixando dúvidas sobre a possibilidade de as autoridades administrativas efetivamente afastarem a aplicação de uma norma doméstica inconveniente.¹⁶² Por sua vez, Sagüés (2016) propõe uma alternativa pautada no paralelismo entre os controles de convencionalidade e de constitucionalidade:

Por el paralelismo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, podría concluirse así: el órgano ejecutivo y administrativo que está habilitado para realizar el control de constitucionalidad, por sí mismo, también tendría facultades para

¹⁶¹ A projeção dos direitos humanos, bem como a sua proteção, não se limita a uma função estatal específica, mas incide em todas as esferas de competência do Estado, visto que tem a obrigação incontornável de salvaguardar a validade desses direitos, bem como a previsto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Essa obrigação decorre do princípio da *Pacta Sunt Servanda*, que vincula o Estado, como entidade única e individual, que faz parte de um Tratado, neste caso à Convenção, e não apenas aos órgãos que participaram de sua celebração e ratificação (tradução livre).

¹⁶² O autor apresenta ressalvas sobre a possibilidade de exercício do controle de convencionalidade repressivo pelas autoridades administrativas. Apesar disso, conclui que não haveria qualquer objeção em se aceitar a modalidade construtiva, uma vez que tal hipótese implicaria apenas uma integração normativa e não o afastamento da aplicação de uma norma jurídica por órgão não judicial (MORONI ROMERO, 2013). Para entender a diferença entre tais modalidades, cf. Seção 5.2.3.

realizar allí control de convencionalidad. En cambio, si no es competente para consumir control represivo de constitucionalidad, tampoco estaría habilitado para realizar control represivo de convencionalidad, y tendría que derivar el caso al órgano estatal pertinente (p. 413).¹⁶³

Entretanto, entende-se que tal posicionamento não se coaduna com o princípio da responsabilidade unitária do Estado nas relações internacionais, o qual demanda de qualquer ator estatal, seja qual for sua posição hierárquica, o respeito aos compromissos internacionais de proteção dos direitos humanos. Além do mais, como já assinalado, os controles de constitucionalidade e de convencionalidade derivam de fluxos normativos e autoridades interpretativas distintas. Assim sendo, em que pese ambos constituam instrumentos de verificação da validade jurídica de normas, não se submetem aos mesmos parâmetros e não podem ser emparelhados como se fossem equivalentes e interdependentes.

Desse modo, Alianak (2015) defende que o controle de convencionalidade produz a modificação de parâmetros clássicos enraizados em muitas instituições do Direito Administrativo, inclusive sobre o tradicional aspecto da organização hierárquica, daí por que, assim como ocorre no âmbito do Judiciário, o dito controle deve ser realizado de maneira difusa por todos os órgãos administrativos, e não apenas por aqueles hierarquicamente superiores.

Ao analisar o tema no marco jurídico peruano, Bolaños Salazar (2016) igualmente considera o controle de convencionalidade uma alternativa viável para todos os órgãos administrativos – que, naquele país, ficaram impossibilitados de efetuar o controle de constitucionalidade em virtude de decisão do Tribunal Constitucional. Essa alternativa possuiria duplo objetivo: proteger o cidadão (e administrado) e evitar a condenação internacional do Estado.

Isso não significa, necessariamente, um prejuízo à hierarquia institucional dos órgãos da Administração Pública, mormente diante da possibilidade de reforma das deliberações administrativas por instâncias superiores. Nesse sentido, sustenta Gussoli (2020) que:

conquanto agentes públicos possam invalidar atos de autoridades superiores, a hierarquia institucional dos órgãos da Administração está mantida e deve ser respeitada, o que significa que a decisão da autoridade pública (porque se exterioriza por meio de um ato administrativo) estará sempre sujeita à reforma pelos recursos administrativos cabíveis e pelo poder de autotutela (p. 28).

¹⁶³ Devido ao paralelismo entre o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade, poder-se-ia concluir o seguinte: o órgão executivo e administrativo que tem competência para realizar o controle de constitucionalidade, por si só, também teria poderes para realizar o controle de convencionalidade. Por outro lado, se não for competente para exercer o controle repressivo da constitucionalidade, não teria o direito de realizar o controle repressivo da convencionalidade, devendo encaminhar o caso ao órgão estatal competente (tradução livre).

Diante desse cenário, a obrigação de realizar o controle de convencionalidade pela Administração Pública, para fins de compatibilização com os compromissos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência interamericana, deriva da própria natureza unitária da responsabilidade internacional do Estado, que se mostra indiferente à divisão de competências consagrada no ordenamento doméstico, seja quanto às funções estatais (administrativa, legislativa ou jurisdicional), seja até mesmo quanto aos distintos níveis de governo (federal, estadual ou municipal) e posições hierárquicas.

Em outras palavras, considerando que todos os agentes que exercem atividade administrativa fazem parte do aparato estatal, sua atuação deve se conformar às obrigações internacionais assumidas pelo Estado Brasileiro em matéria de direitos humanos, sob pena de serem acionadas as medidas de responsabilização internacional. Tal conformação exige que os atos jurídicos domésticos sejam sempre submetidos a um controle de validade tendo como paradigma o *corpus juris* internacional.

5.1.2 Poder-dever de autotutela e reformulação do princípio da legalidade (ou juridicidade) administrativa

Sob o prisma do direito interno, o controle difuso de convencionalidade pelos agentes públicos se justifica porque o ordenamento jurídico brasileiro reconhece o princípio da autotutela administrativa e impõe à Administração Pública o respeito à juridicidade para além da mera legalidade, o que lhe outorga o dever de observar também os tratados internacionais. Nesse aspecto, é preciso considerar que o “Estado Convencional” estabelece uma obrigação de reorganizar competências da estrutura estatal, decorrente do artigo 2 da CADH, para efetivação do direito internacional dos direitos humanos (GUSSOLI, 2018).

De acordo com Meirelles (2016), Administração Pública, no Estado de Direito, possui como pressuposto a definição de formas de controle de sua atuação. O controle, nesse contexto, é entendido como “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro” (p. 795) e uma de suas modalidades compreende a análise da legalidade ou legitimidade, vale dizer, a verificação da conformação do ato ou processo administrativo com as normas legais que o regem, tendo em vista o princípio da legalidade administrativa inscrito no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988.

O controle de legalidade ou legitimidade pode ser exercido, no ordenamento jurídico brasileiro, tanto pela Administração Pública como pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Na primeira hipótese, que interessa ao presente estudo, ele decorre do poder-dever de autotutela

administrativa, o qual se expressa na prerrogativa da própria Administração em anular, revogar ou alterar seus atos administrativos e punir seus agentes com as penalidades estatutárias (MEIRELLES, 2016).

O poder-dever de autotutela está expressamente consagrado na Súmula n. 473 do STF e no artigo 53 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, os quais determinam que a Administração Pública deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, ou pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Tradicionalmente, o controle de legalidade da Administração Pública esteve relacionado à vinculação da atuação administrativa à lei em sentido formal, isto é, aos atos emanados do Parlamento. Explica Binjenbojm (2014) que isso se deve porque a lei, no pensamento liberal iluminista, era tida como produto da razão, derivada dos representantes da sociedade e capaz de regular os assuntos relevantes, constituindo-se na mais importante fonte do direito, notadamente no ambiente europeu pré-Segunda Guerra Mundial.

Na Europa, berço do Direito Administrativo, prevaleceu por muito tempo um positivismo legalista que conduziu a uma quase “divinização da lei”: não havia limites para a atuação do legislador e tanto os juízes como os administradores eram meros repetidores da lei, estes últimos atuando sob a máxima segundo a qual “administrar é aplicar a lei de ofício”. Por isso, a primeira concepção de legalidade administrativa, do ponto de vista cronológico, surgiu de uma analogia entre o ato administrativo e a sentença judicial, ou seja, à lógica de mera particularização dos mandamentos genéricos e abstratos veiculados na lei (BINENBOJM, 2014).

Sob influência do positivismo normativista kelseniano, assentou-se a doutrina da *positive Bindung* – vinculação positiva à lei –, segundo a qual a Administração Pública não poderia atuar senão *auf Grund der Gesetze*, isto é, tendo a lei por fundamento. Tal doutrina parte do fundamento de que a ideia de vinculação negativa à lei só se revela adequada para reger a vida dos particulares, para quem a autonomia – expressão da dignidade – deve ser a regra geral de sua conduta, apenas limitada externamente pela legalidade. O mesmo não se poderia dizer do Estado, que não existe como um fim em si mesmo e se revela como mero instrumento erigido por intermédio do direito para realizar as finalidades ditadas pela sociedade política (BINENBOJM, 2014).

Medauar (2017) identifica, portanto, dois aspectos centrais da visão clássica do princípio da legalidade administrativa: (i) a observância da legalidade se apresenta no sentido de uma subsunção entre a hipótese de fato e a consequência jurídica fixada na lei, de tal sorte

que a Administração seria mera executora da lei (concepção mecanicista da Administração); e (ii) o princípio da legalidade reproduziria a obediência da lei votada pelo Parlamento, entendida exclusivamente na acepção de lei ordinária.

Entretanto, modernamente percebe-se o fenômeno da crise da lei formal, em que a lei deixa de ser vista como expressão da vontade geral e principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada, o que culminou na reformulação da legalidade administrativa. Didaticamente, isso ocorre por cinco razões em particular: (i) a inflação legislativa, que provocou a banalização da lei e a perda do respeito que lhe foi conferido no período iluminista; (ii) a constatação histórica de que a lei poderia, muito além de veicular a injustiça, ser fundamento para a barbárie, tal como ocorreu com a legitimação das práticas nazi-fascistas; (iii) a perda do protagonismo em favor da Constituição, a qual passa a figurar como principal fonte do Direito Administrativo; (iv) a criação de atos normativos infralegais capazes de, por si próprios, servirem de fundamento à atuação administrativa; (v) o controle do processo legislativo pelo Poder Executivo (BINENBOJM, 2014).

Por todos esses motivos, sobretudo em decorrência da constitucionalização da atividade administrativa¹⁶⁴, não se pode mais pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico a partir de uma estrita vinculação positiva à lei. Esclarece Binenbojm (2014):

a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional (p. 147).

A Administração Pública não fica apenas “amarrada” à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que informam todo o ordenamento. Em consequência, o princípio da legalidade não significa mais a relação “lei-ato administrativo”, mas a dimensão larga “ordenamento-administração” (MEDAUAR, 2017). Em função dessa mudança paradigmática, Binenbojm (2014) sustenta que a vinculação da Administração não mais se limita à lei formal, mas a um “bloco de legalidade” (o ordenamento jurídico como um todo), o que encontra melhor enunciação no que se denomina de princípio da “juridicidade administrativa” (BINENBOJM, 2014). Acerca do tema, concluem Canotilho e Moreira (1991):

A juridicidade significa que a Constituição, ao decidir-se por um estado de direito, procura constituir e conformar as estruturas do poder político segundo a medida do

¹⁶⁴ Trata-se de pressuposto abordado no Capítulo 2, Seção 2.1.

direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência. Forma e conteúdo justificam-se e pressupõem-se reciprocamente nesta ideia de juridicidade: como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da justiça e da efectivação de valores políticos, sociais e culturais; como forma, ela aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais, de maneira a evitar acções e comportamentos dos poderes públicos irregulares ou até mesmo, arbitrários (p. 82).

Especificamente no que se refere a irradiação das normas constitucionais sobre o Direito Administrativo, Binenbojm (2014) adiciona que

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição) (p. 148).

O princípio da juridicidade administrativa representa o abandono de uma concepção positivista-legalista da legalidade administrativa e inaugura uma “legalidade mais exigente”, o que significa que “o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade deste mesmo poder” (OTERO, 2011, p. 15).

Há a ampliação do universo normativo vinculante do agir do Poder Público, uma vez que o princípio da juridicidade abrange (i) o princípio da constitucionalidade – dever de conformidade com a Constituição; (ii) o princípio da convencionalidade – dever de conformidade com as convenções internacionais e o direito internacional dos direitos humanos de modo geral; (iii) o princípio da legalidade – dever de conformidade com a lei em sentido estrito; e (iv) o princípio da autovinculação – dever de conformidade com os atos administrativos normativos (HACHEM, 2014).

Como acentua Medauar (2017), a extensão da legalidade administrativa não se esgota nas fontes existentes no ordenamento nacional, aí incluída a Constituição do país, contemplando também a ascensão, de modo crescente, de normas originárias no âmbito comunitário e internacional/global. Assim, “a fonte normativa abrange também o nível externo aos Estados, não se podendo mais afirmar que a legalidade significa apenas a observância da lei votada pelo Parlamento do país” (p. 173), destacando-se que “a multiplicidade de fontes dificulta apreender, na era contemporânea, um modelo piramidal ou totalmente hierárquico da legalidade, daí a referência a um modelo em rede” (p. 174).

Essa reformulação da legalidade administrativa encontra eco no próprio ordenamento jurídico interno, citando-se como exemplo o artigo 2º, parágrafo único, inciso I da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que elenca como critério regente do processo administrativo a “atuação conforme a lei e o Direito” e representa, portanto, a superação da ideia clássica de legalidade como vinculação exclusiva à lei em sentido formal.

No âmbito do SIDH, o princípio da legalidade tem respaldo no artigo 9 da CADH. Apesar de forjado no domínio da responsabilidade criminal, seu alcance atual supera o campo penal e suas raízes formalistas e o converte em princípio transversal de toda a Convenção, pois, em última instância, ele traduz a necessidade de se controlar a “juridicidade” das atuações estatais em conformidade com o *corpus juris* de direitos humanos. Dito de outro modo, ele irradia objetivamente o conteúdo da CADH e impõe a todas as autoridades públicas o imperativo de ajustar sua atuação ao direito, concebido não sob a ótica formalista-positivista, mas com base em uma *“lectura desde el realismo jurídico que entiende el derecho como lo justo vigente en el contexto del derecho nacional e internacional de los derechos humanos”*¹⁶⁵ (LONDOÑO LÁZARO, 2010, p. 763).

Nesse contexto, o desenvolvimento da técnica do controle de convencionalidade pela Corte IDH revela a transcendência da noção do controle de legalidade no marco das novas exigências do direito internacional dos direitos humanos, sendo possível afirmar que o controle de convencionalidade nada mais é do que uma nova dimensão do princípio da legalidade, porquanto pressupõe a avaliação de uma conduta estatal conforme o direito. Assim, a “juridicidade” dos atos que impactam os direitos humanos é determinada por sua adequação às exigências da dignidade essencial do ser humano (LONDOÑO LÁZARO, 2010).

Nessa linha de pensamento, a incorporação do direito internacional dos direitos humanos reconstrói a ideia de legalidade, tal como argumenta Londoño Lázaro (2010):

*La idea misma de una legalidad cuyo referente exclusivo sea la ley nacional meramente formal es un concepto reevaluado intelectualmente, aunque quizá aún equistado en la práctica judicial. A partir de la vigencia de la CADH, el principio de legalidad de vieja data se renueva con implicaciones originales. Puede decirse que el alcance de la clásica función de contención de este principio adquiere nuevos matices a la luz de las obligaciones del Estado, en calidad de garante de los derechos humanos y promotor especial de los derechos económicos, sociales y culturales (p. 766).*¹⁶⁶

¹⁶⁵ Leitura do realismo jurídico que entende o direito como o que é justo no contexto do direito nacional e internacional dos direitos humanos (tradução livre).

¹⁶⁶ A própria ideia de uma legalidade cujo referencial exclusivo seja o direito nacional meramente formal é um conceito reavaliado intelectualmente, embora talvez ainda impregnado na prática judicial. A partir da vigência da CADH, o antigo princípio da legalidade é renovado com implicações originais. Pode-se dizer que o alcance da função clássica de contenção desse princípio adquire novos elementos à luz das obrigações do Estado, na sua

No caso *Baena Ricardo v. Panamá* (2001), a Corte IDH apontou que o princípio da legalidade se manifesta para além da esfera penal, inclusive em matéria administrativa, sobretudo – mas não somente – no exercício do poder punitivo estatal:

en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión (§ 107).¹⁶⁷

Em consequência, o princípio da legalidade se consagra como um parâmetro a partir do qual se funda toda a atividade legítima do Estado, no marco de um sistema democrático de direito. Isso implica que qualquer manifestação do poder estatal deve estar submetida a um controle rígido que impeça a vulneração dos direitos invioláveis da pessoa humana. Forma-se uma barreira intransponível que protege o indivíduo, a qual somente admite intervenções estatais respaldadas pelo sistema jurídico (LONDOÑO LÁZARO, 2010). Nítida, portanto, a relação de tal princípio com o controle de convencionalidade, pois

desde una perspectiva genética, nótese que el control de convencionalidad es un tipo de control de legalidade que se efectúa en el plano supranacional con el objetivo de valorar el grado de cumplimiento de las obligaciones convencionales a partir de la consonancia entre la conducta del Estado y la prescripción jurídica internacional [...] sua asimilación con el principio de legalidade justamente es posible, em la medida que se entiende este último, como ya se há expuesto, como un referente de juridicidad, que pueda apelar a una fuente de orden nacional o internacional no es lo que interesa, sino que se refiere al sustrato mismo del derecho: lo justo (LONDOÑO LÁZARO, 2010, p. 797).¹⁶⁸

Não se pode perder de vista, ainda, que o controle da atividade administrativa em deferência aos direitos humanos fundamentais – seja baseado no fluxo normativo nacional, seja com fundamento no fluxo normativo internacional – é corolário da dimensão objetiva destes. Segundo Binenbojm (2014), a referida dimensão traduz o reconhecimento dos direitos fundamentais como bases estruturais da ordem jurídica, que espraiam sua influência por todo o

qualidade de garantidor dos direitos humanos e promotor especial dos direitos econômicos, sociais e culturais (tradução livre).

¹⁶⁷ Em um Estado de Direito, os princípios da legalidade e da irretroatividade orientam a ação de todos os órgãos do Estado, em suas respectivas competências, particularmente quando se está em jogo o exercício do poder punitivo em que se manifesta, com a máxima força, uma das mais graves e intensas funções do Estado perante os seres humanos: a repressão (tradução livre).

¹⁶⁸ Do ponto de vista genético, note-se que o controle de convencionalidade é uma espécie de controle de legalidade que é realizado em nível supranacional com o objetivo de avaliar o grau de cumprimento das obrigações convencionais com base na coerência entre a conduta do Estado e o ordenamento jurídico internacional. [...] a sua assimilação ao princípio da legalidade é precisamente possível, na medida em que este último é entendido, como já foi dito, sob a perspectiva da juridicidade, a qual pode recorrer a uma fonte de ordem nacional ou internacional não é o que interessa, mas sim refere-se ao próprio núcleo do direito: o justo (tradução livre).

direito e passam a ser vistos como princípios concretizadores de valores em si, a serem protegidos e fomentados pelo Estado e por toda a sociedade. Essa compreensão remonta ao julgamento do célebre caso Lüth¹⁶⁹, decidido em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, no qual ficou consignado que os direitos fundamentais constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que fornecem diretrizes para a atuação dos órgãos legislativos, judiciários e administrativos.

Ao abordar os impactos do sistema constitucional de direitos fundamentais sobre a função administrativa, Otero (2011) elenca quatro premissas: (i) mesmo na falta ou ausência de lei, os órgãos administrativos são incumbidos de aplicar as normas constitucionais no exercício de suas atividades; (ii) ainda que exista lei, as normas constitucionais correspondem a critério orientador imediato da interpretação, integração e aplicação de todos os atos infraconstitucionais pela Administração Pública; (iii) diante de leis ostensivamente violadoras dos direitos fundamentais, a Administração deve conferir preferência à Constituição, desaplicando as normas eivadas de inconstitucionalidade; e (iv) a violação administrativa do conteúdo essencial de um direito fundamental acarreta sempre a nulidade dos respectivos atos jurídicos.

Diante do princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais e do fluxo normativo internacional que incide sobre a ordem jurídica doméstica, decorrente da adesão do Estado Brasileiro ao SIDH, entende-se que as referidas premissas se estendem, também, aos direitos reconhecidos na CADH, em consonância com a interpretação da Corte IDH.

De toda sorte, se a partir da perspectiva do direito internacional o controle de convencionalidade, como dever da Administração Pública, se fundamenta na responsabilidade unitária do Estado nas relações internacionais, do ponto de vista interno ele resulta do princípio da legalidade administrativa, de matriz constitucional, que hodiernamente vem sendo interpretado no sentido amplo de “juridicidade” e que legitima o exercício do poder-dever de autotutela pelos agentes públicos tendo como paradigma o *corpus juris* interamericano de salvaguarda dos direitos humanos fundamentais.

¹⁶⁹ Para fins de contextualização, transcreve-se o breve histórico realizado por Souza Neto e Sarmento (2016): “Tratava-se de discussão relativa à legalidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, notório colaborador do regime nazista, organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950. A produtora e a distribuidora do filme se insurgiram contra o boicote e obtiveram decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Inconformado com o julgamento, Lüth interpôs queixa constitucional para o Tribunal Constitucional. A Corte acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que as cláusulas gerais do direito privado, como os “bons costumes” referidos no art. 826 do BGB, devem ser interpretadas de acordo com a ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais – como a liberdade de expressão –, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo” (p. 44).

5.2 DIRETRIZES PARA A REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Após a exposição dos fundamentos que justificam o exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública (o “porquê”), afigura-se necessário delimitar as diretrizes para sua operacionalização pelos agentes públicos (o “como”).

Para tanto, passa-se a examinar quais são a finalidade, o critério, as formas de exercício, o paradigma, o alcance, o procedimento e os efeitos do dito controle. Ao final, são avaliadas, ainda, algumas peculiaridades da análise de convencionalidade em sede administrativa, a saber: a necessária participação da Advocacia Pública e a possibilidade do “controle do controle” a ser desempenhado pelo Poder Judiciário interno.

5.2.1 Finalidade

O controle de convencionalidade difuso, exercido pela Administração Pública, tem por finalidade imediata a proteção dos direitos humanos fundamentais em conformidade com os parâmetros protetivos definidos pelo *corpus juris* interamericano. Por conseguinte, sua finalidade mediata é promover a integração entre o direito interno e o direito internacional, conferir efetividade às obrigações assumidas na esfera internacional e evitar a responsabilização internacional do Estado.

De fato, trata-se de ferramenta destinada a “*dar suficiente cobertura protectora a los derechos humanos, honrar los compromisos internacionales y – entre otros propósitos – evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional*”¹⁷⁰ (BAZÁN, 2015a, p. 27). Sua operacionalização, de forma séria e competente pelos atores legitimados, se mostra essencial para promover a harmonização do “ordenamento regional interamericano”, favorecendo o diálogo interno-internacional e contribuindo para impulsionar uma cultura jurídica comum na América Latina (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

A realização do controle difuso de convencionalidade “*implica una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del corpus iuris esencial en materia de derechos*

¹⁷⁰ Fornecer cobertura de proteção suficiente para os direitos humanos, honrar os compromissos internacionais e - entre outros propósitos - impedir o Estado de incorrer em responsabilidade internacional (tradução livre).

*humanos, acerca del cual el Tribunal Interamericano ejerce competencia rationae materiae*¹⁷¹ (BAZÁN, 2015a, p. 41). Permite, assim, a antecipação da incorporação dos estândares definidos pelo SIDH, o que beneficia duplamente os titulares dos direitos consagrados nos tratados internacionais: por um lado, economiza o longo e enfadonho caminho de recurso perante a jurisdição interamericana para a efetivação de um direito; por outro, propicia o enriquecimento mútuo das autoridades nacionais e internacionais que interpretam e aplicam as normas jurídicas a favor de uma maior eficácia dos direitos convencionais (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013a).

Essa antecipação decorre do fato de que, uma vez que a Corte IDH realiza o controle de convencionalidade em sede concentrada e define um parâmetro a respeito do alcance, proteção e possibilidade de restrição de determinado direito, este é irradiado *erga omnes* sobre todos os Estados que compõem o SIDH. Dessa forma, não seria razoável que o Estado aguardasse uma condenação internacional contra si para atuar em observância a tal parâmetro. Acerca desse tema, o juiz Sergio García Ramírez afirmou, em voto proferido no caso “Trabalhadores Demitidos do Congresso” v. Peru (2006), que:

Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional – lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos –, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida --insisto-- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales (§ 8).¹⁷²

O controle de convencionalidade pressupõe que os Estados-partes da CADH foram incumbidos de assegurar que as obrigações assumidas no âmbito do SIDH sejam efetivas, considerando o princípio do efeito útil (*effet utile*) (BAZÁN, 2015a). O referido princípio, largamente utilizado no direito internacional, sempre foi entendido como um mero convite para

¹⁷¹ Implica uma interpretação das práticas internas à luz ou sob a cobertura do *corpus iuris* essencial dos direitos humanos, sobre o qual a Corte Interamericana exerce competência *rationae materiae* (tradução livre).

¹⁷² Dentro da lógica jurisdiccional que fundamenta a criação e funcionamento da Corte, não se poderia esperar que esta se deparasse com a necessidade de julgar centenas ou milhares de casos sobre uma única questão convencional – o que acarretaria enorme desamparo aos indivíduos –, ou seja, todos os litígios que se apresentam em todos os momentos e em todos os países, resolvendo sobre os fatos violadores um a um e garantindo, também um a um, os direitos e liberdades individuais. A única possibilidade de tutela razoável implica que, uma vez estabelecido o "critério de interpretação e aplicação", este seja incorporado pelos Estados em seu aparato jurídico como um todo: por meio de políticas, leis, sentenças que confirmem transcendência, universalidade e eficácia ao pronunciamentos da Corte constituída – insisto – graças à vontade soberana dos Estados e para o cumprimento das suas decisões fundamentais, explícitas nas suas constituições nacionais e, evidentemente, nos seus compromissos convencionais internacionais (tradução livre).

que os Estados adaptassem, do modo e no momento que quisessem, suas normas internas em consonância com as disposições dos tratados internacionais. Não obstante, a doutrina do controle de convencionalidade, da forma como construída pela Corte IDH, passou a conferir ao efeito útil uma “operatividade compulsória”, consubstanciada em um verdadeiro dever de reforma e releitura do direito interno, inclusive das normas constitucionais (SAGÜÉS, 2016).

Na sentença do caso *Yatama v. Nicarágua* (2005), a Corte IDH abordou a relação entre o dever estatal de descartar a aplicação de normas violadoras da Convenção e o princípio do efeito útil:

O dever geral do Estado de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção para garantir os direitos nela consagrados, estabelecido no artigo 2, inclui a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas dirigidas à observância efetiva dos direitos e liberdades consagrados na mesma, bem como a adoção de medidas para suprimir as normas e práticas de qualquer natureza que impliquem uma violação às garantias previstas na Convenção. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno devem ser efetivas (princípio do *effet utile*), para o que o Estado deve adaptar sua atuação à normativa de proteção da Convenção (§ 170).

Não se pode perder de vista que o caráter subsidiário da jurisdição interamericana concede aos Estados a oportunidade de resolver internamente as demandas envolvendo potenciais violações de direitos, por meio da adoção das medidas domésticas, de modo que somente na hipótese de omissão dos agentes estatais na aplicação do direito convencional é que a Corte IDH será chamada a atuar (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).¹⁷³

Assim sendo, considerando que o Brasil ratificou a CADH e se submeteu à jurisdição da Corte IDH, seus agentes públicos são instados a agir para promover a imediata efetivação dos direitos e garantias consagrados em nível regional e impedir que o mecanismo de reparação supranacional seja acionado.

Em conclusão, o controle de convencionalidade se apresenta como instrumento cujo objetivo precípua é evitar a responsabilidade internacional pela violação de direitos humanos, tendo em conta que sua realização promove uma resposta adequada ao caso sem que haja necessidade de se provocar o regime de reparação complementar do SIDH.

5.2.2 Critério

¹⁷³ Apesar de assegurar a autonomia dos países que integram o SIDH, o princípio da subsidiariedade não deve ser utilizado apenas como estratégia de defesa dos Estados para impedir a intervenção internacional sobre os processos administrativos, legislativos e judiciais nacionais. Também deve gerar um processo de reflexão e deliberação democrática no interior de cada Estado sobre como institucionalizar um marco real de proteção dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente (MELISH, 2009).

Diferentemente do tradicional controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade não é operacionalizado sob a lógica formal da hierarquia, isto é, a partir de um sistema jurídico supra infraordenado. Nesse sentido, o critério para determinar a validade de uma determinada norma jurídica, no âmbito do controle de convencionalidade, não depende da relação de ordenação desta norma com outras normas de hierarquia superior (CONCI, 2014).

Por essa razão, para o controle de convencionalidade não importa serem os tratados internacionais superiores às leis ou às constituições no plano interno ou internacional, segundo uma perspectiva estrutural ou formal. A relação de validade se dá com base em um critério material: da maior proteção da pessoa humana, mediante aplicação do princípio *pro persona* (CONCI, 2014).

Diante dessas circunstâncias,

a mera contrariedade entre direito interno e direito internacional (tratados e jurisprudência internacional) não admite automaticamente a invalidação do ato nacional. Essa declaração de inconveniência exige (a) além da contrariedade (b) que haja proteção menos efetiva ou restrições mais salientes aos direitos humanos pelo direito interno (leis, atos administrativos, sentenças judiciais, Constituição). Caso isso não ocorra, a mera contrariedade não importa inconveniência (CONCI, 2014, p. 4).

A CADH expressamente incorpora o princípio *pro persona* em seu artigo 29.b, o qual veda qualquer interpretação de seus dispositivos que limite o exercício de direito reconhecido pelas leis dos Estados ou em outro tratado internacional. Acerca do tema, a Corte IDH já teve oportunidade de se pronunciar na Opinião Consultiva OC n. 5/1985:

se a uma mesma situação são aplicáveis a Convenção Americana e outro tratado internacional, deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana. Se a própria Convenção estabelece que suas regulamentações não possuem efeito restritivo sobre outros instrumentos internacionais, menos ainda poderão ser aceitas restrições presentes nestes outros instrumentos, mas não na Convenção, para limitar o exercício dos direitos e liberdades que esta reconhece (§ 52).

O princípio *pro persona* possui duas dimensões: (i) de preferência interpretativa, que impõe a interpretação mais expansiva para otimizar um direito e a mais restritiva para limitá-lo; e (ii) de preferência normativa, segundo a qual, em caso de divergência, o aplicador do direito deve empregar a norma mais favorável aos direitos humanos, independentemente de seu nível hierárquico (SAGÜÉS, 2002). Não é possível estabelecer a presunção geral de que a norma internacional sempre será mais protetiva do que a norma nacional (constitucional ou legal), pois as normas internacionais de direitos humanos constituem sempre estândares mínimos, que podem ser ampliados pelos Estados da forma que considerarem mais conveniente (CAVALLO; NOGUEIRA ALCALÁ, 2016).

A esse respeito, Mac-Gregor (2013) assevera que os parâmetros interpretativos irradiados pela jurisprudência da Corte IDH a partir da eficácia objetiva (“*res interpretata*”) de seus pronunciamentos representam um *standard* mínimo regional e, portanto, seus efeitos seriam relativos e se estenderiam apenas para assegurar o mínimo de efetividade da norma convencional, sendo admitida interpretação nacional diversa mais vantajosa à proteção do direito ou liberdade envolvidos no caso concreto. De forma semelhante, García Ramírez (2011) sustenta que as interpretações do tribunal interamericano podem ser superadas por outros atos jurídicos – instrumentos internacionais, disposições normativas nacionais e atos jurisdicionais internos – que reconheçam aos indivíduos maiores direitos ou liberdades, já que o *corpus juris* internacional constitui um “pisso” de direitos e não o “teto”.¹⁷⁴

Destarte, Nogueira Alcalá (2013a) reconhece

*el deber estatal de adoptar medidas que adecuen el derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado-Parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares el Estado tiene siempre la libertad de asegurar mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente (p. 227).*¹⁷⁵

Esse critério, além de expressamente consagrado no direito internacional dos direitos humanos, melhor se compatibiliza com a premissa de interações heterárquicas entre as distintas ordens jurídicas (nacional e internacional), característica básica da teoria do pluralismo constitucional (WALKER, 2002a). Isso porque a forma de harmonização entre as ordens jurídicas por ele proposta não implica a presunção *a priori* de superioridade hierárquica de um fluxo normativo sobre o outro, mas antes é baseada na cooperação em busca da melhor solução.

Dito de outra forma, o controle de convencionalidade permite um cenário de abertura dialógica entre os intérpretes e aplicadores do direito situados em diferentes níveis, que não estabelece entre estes uma relação de hierarquização. Nas palavras de Bazán (2015a), o referido

¹⁷⁴ Além do princípio *pro persona*, também há que se destacar a importância do princípio da progressividade no processo de interpretação e aplicação das normas. Almeida et al. (2021) enfatizam “a observância do princípio ‘pro homine’ [pro persona], segundo o qual a regra prevalente, no caso de conflito normativo, deverá ser aquela que melhor garanta e que menos restrinja a fruição de um direito humano, acrescentando-se, neste particular, o princípio, já referido, da progressividade, segundo o qual os direitos sociais estabelecidos devem ser aperfeiçoados, não se admitindo, portanto, o retrocesso, devem ser observados no afastamento da legislação interna que por ventura confronte a norma internacional com maior âmbito protetivo e, também, na inaplicabilidade de norma internacional que estabeleça situação de menor proteção em relação às normas internas” (p. 89-90).

¹⁷⁵ O dever estatal de adotar medidas que adequem o direito interno, desde o texto constitucional até o último dispositivo administrativo, para que o ordenamento jurídico do Estado-Parte assegure e garanta os atributos que integram os respectivos direitos convencionais e suas garantias, conforme os padrões mínimos definidos pela CADH. Em relação a essas normas, o Estado é sempre livre para assegurar maiores atributos e garantias de direitos do que os estabelecidos convencionalmente (tradução livre).

controle representa, na verdade, uma “*vinculación de cooperación en la interpretación ‘pro persona’ de los derechos fundamentales*”¹⁷⁶, indicando que “*los derechos humanos son reflejo directo de la dignidade de la persona, por lo que todo aporte para incrementar sus niveles de soldidez y efectividad [...] será sempre bienvenido*”¹⁷⁷ (p. 64).

Diante disso, ao realizar o controle de convencionalidade, o agente público não deve buscar uma solução que impreterivelmente resulte na prevalência dos parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos. O esforço deliberativo e argumentativo é muito maior, uma vez que se exige a escolha da norma/opção hermenêutica que seja mais favorável para a efetivação de um direito, independentemente de sua origem normativa (interna ou internacional).

5.2.3 Formas de exercício

O controle difuso de convencionalidade não abrange, apenas, o ato de deixar de aplicar uma norma nacional contrária ao parâmetro de convencionalidade. Ele requer, em um primeiro momento, a tentativa de harmonização da norma em questão face ao direito convencional, por meio da “interpretação conforme” à CADH, seus protocolos e a jurisprudência convencional, que constituem estândares mínimos protetivos. Dessa maneira, realiza-se, a princípio, um “controle da interpretação” para descartar as hipóteses interpretativas contrárias ao parâmetro convencional (MAC-GREGOR, 2011).

A interpretação conforme o direito internacional dos direitos humanos pode ser definida como

la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertados constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección (MAC-GREGOR, 2011, p. 549).¹⁷⁸

Nesse panorama, Sagüés (2016) explica que todos os agentes públicos devem exercer, inicialmente, um controle construtivo de convencionalidade, de ofício ou mediante provocação.

¹⁷⁶ Vinculação de cooperação na interpretação *pro persona* dos direitos fundamentais (tradução livre).

¹⁷⁷ Os direitos humanos são um reflexo direto da dignidade da pessoa humana, razão pela qual qualquer contribuição para aumentar os seus níveis de concretude e efetividade [...] será sempre bem-vinda (tradução livre).

¹⁷⁸ A técnica hermenêutica por meio da qual os direitos e liberdades constitucionais são harmonizados com os valores, princípios e normas contidos em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos Estados, bem como pela jurisprudência de tribunais internacionais (e por vezes outras resoluções e fontes internacionais), para alcançar maior eficácia e proteção (tradução livre).

Ou seja, devem aplicar as normas constitucionais, legais e supralegais em conformidade com o *corpus juris* interamericano, utilizando-se da doutrina da “interpretação conforme”. Para tanto, são necessárias as seguintes operações: em primeiro lugar, a seleção de interpretações, optando-se pelas exegeses do direito doméstico que sejam compatíveis com a CADH e com a jurisprudência interamericana; em segundo lugar, a construção de interpretações, mediante emprego das técnicas inerentes às sentenças constitucionais atípicas (manipulativas ou modulativas).

Portanto, o primeiro passo a ser adotado pelo agente público em face da dúvida sobre a convencionalidade é verificar a possibilidade de se interpretar a norma de acordo com o *corpus juris* internacional de proteção dos direitos humanos. Anteriormente à invalidação expressa da norma, cumpre realizar a “interpretação convencional” (GUSSOLI, 2020). Conforme a própria Corte IDH já registrou no julgamento do caso *López Mendoza v. Venezuela* (2011), “*con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal*”¹⁷⁹ (§ 228). Ainda, no caso *Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos* (2009), apontou-se que

la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención (§ 338).¹⁸⁰

A primeira operação (seleção de interpretações) é empregada quando determinada norma do direito nacional de um Estado-parte da CADH apresenta duas ou mais interpretações possíveis. Diante disso, o intérprete-aplicador deve escolher a interpretação com maior grau de compatibilidade em relação à Convenção e descartar as demais, tal como ocorre no controle de constitucionalidade (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013a).

Já o processo de construção de interpretações pode resultar na interpretação do direito nacional: (i) mutativa por adição, quando se agrega novo elemento à mensagem do preceito normativo; (ii) mutativa por subtração, quando se elimina algo do conteúdo normativo; e (iii) mutativa mista por subtração-adição (ou “substitutiva”), em que extrai-se um elemento e adiciona-se algo novo no conteúdo da norma jurídica interna. Em todas as hipóteses, o objetivo

¹⁷⁹ A partir do controle de convencionalidade, é necessário que as interpretações judiciais e administrativas e as garantias judiciais se apliquem adequando-se aos princípios estabelecidos na jurisprudência desta Corte (tradução livre).

¹⁸⁰ A existência de uma norma não garante, por si só, que sua aplicação seja adequada. É necessário que a aplicação das normas ou sua interpretação, nas práticas jurisdicionais e manifestação da ordem pública estadual, sejam adequadas ao mesmo fim perseguido pelo artigo 2 da Convenção (tradução livre).

é tornar o direito interno compatível com a Convenção Americana e os precedentes da Corte IDH, o que exige perspicácia do intérprete-aplicador do direito (SAGÜÉS, 2016).

Caso o controle construtivo não seja suficiente para atender aos parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos, os agentes públicos devem desenvolver um controle repressivo de convencionalidade,¹⁸¹ por meio do qual deixam de aplicar uma norma jurídica doméstica que contraria a CADH e a jurisprudência regional (SAGÜÉS, 2016). A conclusão de que a norma (lei, regulamento, decreto, resolução, etc.) é “inconvencional” acarreta sempre um dever jurídico de afastar sua aplicação do caso concreto, sem que isso acarrete sua anulação, derrogação ou extirpação do ordenamento jurídico¹⁸² (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013a).

Independentemente da modalidade do controle exercido (construtivo ou repressivo), reforça-se que o juízo de convencionalidade sempre busca, no confronto entre a normatividade interna e a internacional, a utilização daquela que melhor protege a pessoa humana (CONCI, 2014). Os intérpretes e aplicadores do direito devem sempre atuar

produciendo sus mejores esfuerzos en la interpretación de los atributos y garantías de los derechos fundamentales asegurados por fuente constitucional e internacional, armonizando dichas fuentes y aplicando los postulados de «progresividad» y «favor persona», contribuyendo a mejorar la calidad de vida de la comunidad nacional, un mayor goce efectivo de los derechos fundamentales, en definitiva, una contribución al bien común y al desarrollo del conjunto de la sociedad, pasando a etapas más humanas y a una mejor calidad de Estado constitucional democrático, que siempre implica una elevación de la calidad de vida del conjunto de la sociedad (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013a, p. 270).¹⁸³

Logo, mesmo a tentativa de interpretar uma norma jurídica nacional à luz dos parâmetros estabelecidos no *corpus juris* interamericano, sem que haja necessidade de se afastar sua aplicação, não importa a sobreposição automática das disposições do direito internacional

¹⁸¹ Importante esclarecer que Sagüés (2016) apenas admite a realização do controle repressivo de convencionalidade pelos órgãos administrativos habilitados a desempenhar o controle de constitucionalidade. Por derradeiro, o autor defende que, se o órgão não possui competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei, tampouco poderá deixar de aplicá-la por considerá-la inconvencional. Nesse caso, deverá representar ao órgão estatal competente para que este promova o controle repressivo.

¹⁸² O ideal, contudo, é que a constatação de inconvencionalidade de uma lei nacional enseje a mobilização do Poder Legislativo tendo por escopo a alteração do ordenamento jurídico. Sobre essa possibilidade, Nogueira Alcalá (2013a) argumenta que o diálogo entre a Corte Interamericana e o Estado Parte se configura também quando o poder constituinte ou o legislador ordinário, ao se deparar com norma jurídica inconvencional, providencia a alteração legislativa para conformá-la ao *corpus juris* interamericano ou mesmo derogá-la.

¹⁸³ Produzindo seus melhores esforços na interpretação dos atributos e garantias dos direitos fundamentais assegurados por fontes constitucionais e internacionais, harmonizando essas fontes e aplicando os postulados de "progresividad" e *pro persona*, contribuindo para a melhoria da qualidade de vida da comunidade nacional, um maior gozo efetivo dos direitos fundamentais, em suma, uma contribuição para o bem comum e o desenvolvimento da sociedade como um todo, promovendo uma maior humanização e o aprimoramento da qualidade do Estado Constitucional Democrático, o que implica sempre na elevação da qualidade de vida do meio social (tradução livre).

sobre o direito interno. Com efeito, caso a norma jurídica doméstica, por si só, promova maior efetividade ao direito analisado, ela deverá ser aplicada sem necessidade de intersecção com as diretrizes do SIDH.

Finalmente, vale observar que a Administração Pública exerce poder normativo, por meio do qual são emanados atos com efeitos gerais e abstratos, a exemplo das resoluções, portarias, deliberações, instruções e regimentos, que possuem alcance limitado no âmbito da atuação do órgão expedidor (DI PIETRO, 2020). No uso desse poder, o controle de convencionalidade pode ser realizado: de forma preventiva, a fim de que a norma seja emitida em conformidade o *corpus juris* interamericano; ou de forma reparadora, para aboli-la diante da constatação superveniente de sua inconveniência (SAGÜÉS, 2016).

Também na emissão de normas, o controle deve se pautar no critério *pro persona*, circunstância que possibilita à Administração Pública ampliar o grau de proteção ou efetividade de um direito convencional para além do *standard* mínimo regional.

5.2.4 Paradigma

O paradigma do controle de convencionalidade não se esgota na CADH, abrangendo também outros instrumentos internacionais que integram o “corpo jurídico básico em matéria de proteção dos direitos humanos” e a interpretação produzida pela Corte IDH sobre esse plexo jurídico (BAZÁN, 2015a). Segundo Conci (2014), a Convenção, além de seus protocolos e as sentenças da Corte, formam o que se denomina de “bloco de convencionalidade”, o qual constitui parâmetro de confronto para o controle de validade de atos em sentido *lato* (sentenças, leis, atos administrativos e constituições) expedidos pelos Estados nacionais.

É esse bloco de convencionalidade que traduz o que se denomina no presente trabalho de parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos fundamentais ou *corpus juris* interamericano. Como destaca Mac-Gregor (2011):

la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte IDH como un “deber” hacia todos los jueces nacionales¹⁸⁴; de tal manera que ese imperativo representa, en realidad, una especie de “bloque de convencionalidad” mínimo para considerar la aplicabilidad del corpus iuris interamericano y con ello establecer un “estándar” en el continente

¹⁸⁴ Apesar de direcionar suas reflexões para a atuação dos juizes nacionais, o referido autor já reconheceu, em múltiplos votos proferidos nos julgamentos da Corte IDH e em trabalhos doutrinários, a possibilidade do exercício do controle de convencionalidade pelos demais agentes estatais que exerçam funções administrativas e legislativas. Entre outros, cf. Mac-Gregor (2013). Por esse motivo, entende-se que as reflexões do autor se aplicam para o objeto da presente pesquisa.

*o, cuando menos, en los países que han aceptado la competencia contenciosa de dicho Tribunal internacional (p. 565).*¹⁸⁵

Dessa forma, no exercício do controle de convencionalidade, o intérprete-aplicador do direito deve levar em consideração todos os compromissos convencionais assumidos pelo Estado e sobre os quais a Corte IDH exerce sua competência em razão da matéria. Assim, também constituem parâmetros de referência o Protocolo Relativo à Abolição da Pena de Morte, o Protocolo de San Salvador, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção de Belém do Pará, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado, entre outros (BAZÁN, 2015a). É exatamente o que ponderou o juiz Sergio García Ramírez no caso “Trabalhadores Demitidos do Congresso” v. Peru (2006):

*al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos (§ 2).*¹⁸⁶

A Corte IDH, ao emitir a Opinião Consultiva OC 16/99, assim se pronunciou sobre o “*corpus juris* do direito internacional dos direitos humanos”:

O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos está formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convênios, resoluções e declarações). Sua evolução dinâmica exerceu um impacto positivo no Direito Internacional, no sentido de afirmar e desenvolver a aptidão deste último para regulamentar as relações entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. Portanto, esta Corte deve adotar um critério adequado para considerar a questão sujeita a exame no marco da evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana no Direito Internacional contemporâneo (§ 115).

¹⁸⁵ A obrigação de aplicar a CADH e a jurisprudência convencional vem diretamente da jurisprudência da Corte IDH como um “dever” de todos os juízes nacionais; de tal forma que este imperativo representa, na realidade, uma espécie de “bloco mínimo de convencionalidade” para assegurar a aplicabilidade do *corpus iuris* interamericano e assim estabelecer um “padrão” no continente ou, pelo menos, nos países que aceitaram a jurisdição contenciosa do referido tribunal internacional (tradução livre).

¹⁸⁶ Ao se referir a um “controle de convencionalidade”, a Corte Interamericana considerou a aplicabilidade e a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José. Sem embargo, a mesma função é desempenhada, por motivos idênticos, no que se refere a outros instrumentos da mesma natureza, integrantes do *corpus juris* convencional de direitos humanos de que o Estado é parte: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo à Abolição da Pena de Morte, Convenção para Prevenir e Punir a Tortura, Convenção de Belém do Pará para a Erradicação da Violência contra a Mulher, Convenção sobre Desaparecimento Forçado, etc. Trata-se de realizar a conformidade entre os atos internos e os compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que lhe geram certos deveres e reconhecem certos direitos aos indivíduos (tradução livre).

Para Sagüés (2010), o controle de convencionalidade pode ter como referencial qualquer tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Estado, uma vez que, no paradigmático precedente *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), a Corte de San José estabeleceu o dever dos juízes nacionais em realizar o dito controle “quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana”. O emprego da palavra “como”, nos fundamentos, demonstraria que a menção à CADH foi usada apenas como exemplo do material normativo controlante. Em complemento, Nogueira Alcalá (2013a) sugere que até mesmo tratados do sistema global poderiam subsidiar o exercício do controle.

Tal entendimento é reforçado diante da postura da Corte IDH em constantemente recorrer a outros instrumentos internacionais para delimitar o conteúdo e alcance de um direito, como ocorreu, por exemplo, no caso *Poblete Vilches e outros v. Chile* (2018)¹⁸⁷. Além disso, na Opinião Consultiva OC 01/82, o tribunal declarou que sua competência consultiva abarca toda disposição, concernente à proteção dos direitos humanos, contida em qualquer tratado aplicável aos Estados americanos. Sendo assim, não raras vezes tratados e outros atos normativos e deliberativos do sistema global – e de outros sistemas regionais – são consideradas pela Corte e influenciam, direta ou indiretamente, a fixação dos seus parâmetros interpretativos.

Em razão da eficácia objetiva (*res interpretata*) das decisões interamericanas, abordada no capítulo anterior, igualmente constituem paradigma do controle difuso de convencionalidade as sentenças, opiniões e resoluções elaboradas pela Corte IDH. Isso significa que os agentes encarregados de realizar o controle devem levar em conta não apenas o texto do tratado ou da convenção, mas a interpretação produzida pelo tribunal regional, que oferece parâmetros mínimos acerca do conteúdo, alcance, meio de implementação e restrições dos direitos convencionais. Como visto, desde o julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006) a Corte assentou tal premissa, a qual foi reforçada na resolução de supervisão do cumprimento de sentença do caso *Gelman v. Uruguai* (2013).

Sobre o tema, discorre Mac-Gregor (2013):

*la “fuerza normativa” de la CADH alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos e intérprete “último” y “definitivo” de dicho Pacto. La interpretación emprendida por el Tribunal interamericano a las disposiciones convencionales adquiere la misma eficacia que poseen éstas, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación del corpus juris interamericano (p. 586).*¹⁸⁸

¹⁸⁷ Cf. §§ 114 e 15 do precedente em questão.

¹⁸⁸ A “força normativa” da CADH alcança a interpretação que a Corte IDH realiza dela, como único órgão jurisdiccional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e intérprete “última” e “final” do

A interpretação da Corte IDH acerca das cláusulas convencionais possui eficácia *erga omnes* e se projeta para além da demanda específica analisada pelo tribunal, vinculando inclusive os demais Estados que não fizeram parte do processo. No entendimento de García Ramírez (2011), essa eficácia vinculante da interpretação normativa é atribuída tanto às sentenças de casos contenciosos como às opiniões consultivas e resoluções sobre medidas provisórias e cumprimento de sentença proferidas pela Corte de San José, de modo que todas estas se apresentam como parâmetro para o exame de convencionalidade.

No que se refere especificamente às opiniões consultivas, Bazán (2015a) argumenta que se tratam de pronunciamentos judiciais autênticos, razão pela qual a mera circunstância de a Corte se manifestar sobre determinada matéria no exercício da função consultiva não retira a legitimidade e autoridade dos princípios jurídicos enunciados. Sem embargo, os Estados são advertidos, a partir dos preceitos definidos nas opiniões consultivas, quanto à posição do tribunal acerca de eventual descumprimento de obrigações consagradas nos tratados, o que impede qualquer tentativa posterior de justificar, no julgamento de casos contenciosos, as violações convencionais perpetradas.

Conquanto não se desconheça que a própria Corte já declarou, por meio da Opinião Consultiva OC 3/83, que suas opiniões não ostentam o mesmo caráter vinculante que as sentenças proferidas em casos contenciosos (§ 27), entende-se que tais pronunciamentos inegavelmente possuem efeitos jurídicos e valor prático considerável, sobretudo no marco do controle de convencionalidade (BAZÁN, 2015a).

Isso ocorre porque:

si el control de convencionalidad implica que principal pero no exclusivamente los jueces deban cotejar la normativa interna aplicable a un caso concreto con la CADH y con la interpretación que de esta realice la Corte IDH, y si justamente las opiniones consultivas son resultado de la labor hermenéutica de esta en tanto intérprete final de tal instrumento internacional, parece razonable concluir que al llevar adelante la fiscalización convencional aquellos habrán de tener necesariamente en cuenta, en lo aplicable, los productos interpretativos vehiculados en dichas opiniones consultivas (BAZÁN, 2015a, p. 56).¹⁸⁹

referido pacto. A interpretação que a Corte IDH empreende das disposições convencionais adquire a mesma eficácia que estas possuem, já que na realidade as “normas convencionais” constituem o resultado da “interpretação convencional” que a Corte IDH realiza como órgão judicial autônomo cujo objetivo é a aplicação e interpretação do *corpus juris* interamericano (tradução livre).

¹⁸⁹ Se o controle de convencionalidade significa que, principalmente, mas não exclusivamente, os juízes devem cotejar as normativas internas aplicáveis a um caso específico com a CADH e com a interpretação realizada pela Corte IDH, e se precisamente as opiniões consultivas são fruto do trabalho hermenêutica desta como intérprete final de tal instrumento internacional, parece razoável concluir que, ao realizar o exame de convencionalidade, os juízes devem necessariamente levar em conta, quando aplicáveis, os resultados interpretativos veiculados nas referidas opiniões consultivas (tradução livre).

Como se não bastasse, a Opinião Consultiva OC 21/14 foi enfática ao assinalar que a “Corte considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade, também em relação ao que se indique no exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva”, adicionando, inclusive, que a norma convencional interpretada através de uma opinião consultiva constitui relevante guia interpretativo destinado a “todos os órgãos dos Estados Membros da OEA, incluindo os que não são partes da Convenção mas que se obrigaram a respeitar os direitos humanos em virtude da Carta da OEA (artigo 3.1) e da Carta Democrática Interamericana (artigos 3, 7, 8 e 9)” (§ 31).

Apesar de todas essas ponderações, a ausência de precedentes da Corte IDH que envolvam a análise de uma determinada norma convencional não retira dos agentes públicos o dever de realizar o controle de convencionalidade. No caso da inexistência de parâmetros definidos na jurisprudência interamericana, o agente deve desenvolver, ele próprio, uma interpretação razoável e adequada do texto convencional, a qual poderá ser eventualmente corrigida pela Corte em sede internacional (NOGUEIRA ALCALÁ, 2013a). Entendimento contrário resultaria na não aplicação de uma norma internacional, com todas as consequências daí decorrentes sobre a responsabilidade do Estado (GARCÍA RAMÍREZ, 2011).

Enfim, nota-se a existência de um amplo bloco jurídico apto a orientar a atividade do agente público no exercício do controle de convencionalidade, o qual deve sempre permanecer atento para o propósito primordial de se buscar a solução interpretativa que seja mais protetiva ou menos restritiva para os direitos humanos em jogo, mediante a harmonização entre as ordens jurídicas nacional e internacional e o diálogo multinível.

5.2.5 Alcance

Conforme se extrai das diretrizes jurisprudenciais da Corte IDH, o controle de convencionalidade deve ser realizado sobre todas as normas jurídicas internas. Por derradeiro, ele alcança todos os atos normativos (leis, decretos, regulamentos, resoluções, etc.) expedidos pelo Estado nacional (SAGÜÉS, 2010), independentemente da espécie, hierarquia e origem.

Ainda que se considere que, em vários precedentes, a Corte de San José tenha se limitado a mencionar o exercício do “controle de convencionalidade de leis internas”, cumpre salientar que a Opinião Consultiva OC 04/84 dispôs que

siempre que un convenio internacional se refiera a "leyes internas" sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas

*jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales (§ 14).*¹⁹⁰

Sendo assim, e em consonância com o dever geral de adaptação do direito interno decorrente do artigo 27 da CVDT e do artigo 2 da CADH, percebe-se que até mesmo as normas constitucionais do Estado devem se submeter a um controle de validade tendo como paradigma o *corpus juris* interamericano. Daí por que, como sustenta Bazán (2015a), o intérprete-aplicador do direito pode deixar de aplicar uma disposição constitucional considerada como “anticonvencional”, desde que – e apenas nessa excepcional hipótese – não seja possível promover uma interpretação harmônica entre ambas as fontes jurídicas.

Esse acentuado potencial de impacto dos parâmetros interamericanos sobre a Constituição doméstica pode ser verificado na jurisprudência da Corte IDH, especialmente no já mencionado precedente *Olmedo Bustos e outros v. Chile* (“A Última Tentação de Cristo”) (2001), que determinou a alteração das normativas constitucionais chilenas que ensejavam a censura prévia de produções cinematográfica em violação aos preceitos da CADH.

Outro precedente interessante refere-se ao caso *Boyce e outros v. Barbados* (2006), por meio do qual a Corte regional concluiu pela ocorrência de violação à CADH em virtude de duas normas jurídicas: uma de natureza legal, que previa a pena de morte para o delito de homicídio; e outra de natureza constitucional, correspondente a uma “cláusula de exclusão” contida na Constituição de Barbados de 1966, que impedia o controle judicial de qualquer norma anterior à promulgação da carta política, ainda que contrária aos direitos fundamentais. À vista disso, a Corte concluiu que os tribunais nacionais deveriam ter promovido o correspondente controle de convencionalidade (LONDOÑO LÁZARO, 2010).

Não se ignora que tal constatação possa ser de difícil aceitação pelos agentes estatais, mormente considerando a premissa de supremacia da Constituição que norteia o Estado Constitucional de Direito. Nessa conjuntura, reflete Sagüés (2010):

esta afirmación no será fácil de digerir por Estados para los cuales los tratados internacionales son leyes comunes, o aquellos otros en los que, en el mejor de los casos, resultan superiores a las leyes ordinarias, pero siempre inferiores a la Constitución. Quizá es más potable para naciones donde el Pacto de San José de Costa Rica cuenta con rango constitucional, pero aun así el problema subsiste, porque el control de convencionalidad está partiendo del supuesto de que el Pacto predomina sobre la Constitución, y no que es igual a ella (p. 124).¹⁹¹

¹⁹⁰ Sempre que uma convenção internacional se referir a “leis internas” sem qualificar de alguma forma tal expressão ou sem que seu contexto resulte em um significado mais restrito, a expressão é para toda a legislação nacional e para todas as normas jurídicas de qualquer natureza, incluindo disposições constitucionais (tradução livre).

¹⁹¹ Esta afirmação não é de fácil aceitação pelos Estados em que os tratados internacionais são leis comuns, ou por aqueles outros em que, na melhor das hipóteses, são superiores às leis ordinárias, mas sempre inferiores à Constituição. Talvez seja mais aceitável para as nações em que o Pacto de San José de Costa Rica ostenta

Contudo, no caso brasileiro, a própria Constituição de 1988 contempla diversas cláusulas de integração ao direito internacional dos direitos humanos. Ademais, a decisão soberana e voluntária do Estado Brasileiro em ratificar a CADH e reconhecer a competência da Corte IDH inegavelmente implica a redução da liberdade de atuação e deliberação do poder público, com reflexos sobre a ordem constitucional dotada de legitimidade democrática. Relevante transcrever as reflexões da Corte Interamericana sobre o tema na sentença do caso *Gelman v. Uruguai* (2011):

A simples existência de um regime democrático não garante, *per se*, o permanente respeito do Direito Internacional, incluindo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que foi assim considerado inclusive pela própria Carta Democrática Interamericana. A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana (§ 239).

Nesse contexto, ao Estado que não está disposto a ter sua liberdade de atuação limitada pelo processo integrativo de proteção regional dos direitos humanos, cabe apenas considerar a denúncia à CADH e a desvinculação do SIDH, assumindo todos os custos jurídicos e políticos de tal postura. O que não se mostra razoável é admitir a possibilidade de o Estado aderir ao sistema e depois se escusar de cumprir as cláusulas convencionais sob o argumento de que estes não coincidem com sua constituição (SAGÜÉS, 2010).

Logo, pelos princípios do efeito útil e *pacta sunt servanda*, os órgãos estatais – inclusive no exercício da atividade administrativa – necessitam se adequar aos parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos reconhecidos pelo SIDH. Admitir que as disposições constitucionais constituem material normativo passível de controle de convencionalidade não significa o reconhecimento da superioridade do direito convencional sobre o direito interno. Ao revés, trata-se de manifestação clara do pluralismo constitucional, pois o aludido controle permite uma cooperação entre os intérpretes situados em diferentes níveis jurídicos em prol de objetivo comum dos distintos fluxos normativos: a efetivação dos direitos humanos fundamentais.

Por fim, não é demais reiterar que o controle de convencionalidade deve ser exercido, a princípio, em sua modalidade construtiva, com o objetivo de harmonizar as duas fontes jurídicas incidentes. Além disso, a aplicação do critério *pro persona* inviabiliza o emprego da técnica em questão para outro fim que não a maximização do sistema de direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, sendo ressalvada a possibilidade de novo controle

natureza constitucional, mas mesmo assim o problema persiste, pois o controle de convencionalidade parte do pressuposto de que o Pacto predomina sobre a Constituição, e não que seja igual a ela (tradução livre).

posteriormente pelo Poder Judiciário nacional e, também, pela Corte IDH, como será visto mais adiante.

5.2.6 Procedimento e efeitos

Os agentes da Administração Pública devem exercer o controle de convencionalidade mediante motivação¹⁹² escrita em processo administrativo, considerando os princípios que regem a atividade administrativa contidos na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Tal motivação deve ser explícita, clara e congruente, nos termos do artigo 50 da referida lei, e precisa desqualificar a norma reputada inconveniente, de modo a permitir a fiscalização da decisão e a proteção do agente público contra eventuais perseguições ou sanções (GUSSOLI, 2020).

Bitencourt Neto (2017) ressalta que as características da atividade administrativa contemporânea pressupõem uma relevância acrescida do processo administrativo, encarado mais como instrumento de direção da atuação administrativa do que propriamente de mera aplicação do direito. De fato, se a Administração Pública do século XXI prossegue múltiplos e concorrentes interesses públicos, o procedimento se consolida, para além de um itinerário formal voltado à tomada de decisão e à viabilização de contraditório em situações adversariais, como “a matriz principal de uma atuação racional, aberta, participativa e com meios de sopesamento dos distintos valores e interesses em jogo” (p. 212).

Desse modo, na concepção atual, o processo administrativo configura não apenas meio de atendimento ao requisito de validade do ato administrativo: ele propicia o conhecimento do que ocorre antes de o ato repercutir seus efeitos jurídicos sobre os indivíduos, o que permite a verificação de como foi realizada a tomada de decisão. Seguindo esse raciocínio, o ato administrativo “se torna produto do exercício da função, deixando-se de considerá-lo como expressão pré-constituída de uma autoridade privilegiada” (MEDAUAR, 2017, p. 289).

Tendo em vista que a Administração Pública está inserida em uma sociedade caracterizada pela complexidade sócio-político-econômica e pela multiplicidade de interesses, o processo administrativo também representa meio para que esses diversos interesses sejam manifestados antes da tomada de decisão. Possibilita-se, assim, o confronto objetivo e mesmo

¹⁹² Ao discorrer sobre a motivação nas decisões administrativas, Di Pietro (2020) esclarece que esta “em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamentos da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante” (p. 111).

a coexistência de interesses, bem como o controle dos indivíduos e grupos sobre a atividade administrativa. Por fim, ainda responde à exigência pluralista do meio social contemporâneo, permitindo a participação de sujeitos privados e públicos no processo de deliberação administrativa (MEDAUAR, 2017).

Em suma, o processo administrativo se torna instrumental indispensável para o exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública, na medida em que proporciona: (i) a colheita e exposição de elementos jurídicos que possam subsidiar a deliberação; (ii) a possibilidade de manifestação do corpo jurídico; (iii) a participação de atores públicos e privados que possam contribuir com o tema ou que sejam afetados com a deliberação; e (iv) o posterior controle e fiscalização do ato, inclusive pelos órgãos jurisdicionais.

Em que pese ainda prevaleça na cultura administrativa um apego formal ao princípio da legalidade estrita, o que pode levar o agente público a temer responsabilização posterior por recusar a aplicação de uma lei inconveniente, a motivação suficientemente embasada no processo administrativo não acarreta nenhum descumprimento de deveres funcionais ou ato de improbidade. Pelo contrário, é justamente a ação ofensiva aos direitos humanos fundamentais que torna a conduta do agente antijurídica (GUSSOLI, 2020).

Por derradeiro, a solução que melhor atende ao dever do Estado em conferir efetividade aos tratados internacionais direitos humanos é orientar os agentes estatais a motivar com exaustão o controle de convencionalidade, a fim de resguardar a decisão de ataques infundados. Desde que haja demonstração razoável de que se buscou aplicar o direito conforme as convenções internacionais de que o Brasil faz parte e a jurisprudência da Corte IDH, não se pode sancionar o agente (GUSSOLI, 2020). De fato, afigurar-se-ia no mínimo contraditório penalizar o funcionário do Estado por atuar em conformidade com os compromissos internacionais, em cumprimento ao princípio do efeito útil e na tentativa de evitar a responsabilização internacional.

Para que esse cenário se mostre possível, Gussoli (2020) avalia que

investir no ensino de Direito Internacional dos Direitos Humanos é essencial. Não se descuida que o preparo técnico dos servidores e a valorização dos cargos e funções são pontos fundamentais para a melhoria da qualidade das decisões e aplicação esmerada da normativa nacional e internacional. O mesmo em relação à preparação para concursos públicos, que lamentavelmente hoje é apenas um mercado dirigido ao ensino acrítico, irreal e muitas vezes irresponsável do Direito Administrativo. Só assim a Administração poderá, pelo trabalho tecnicamente adequado de seus agentes, ser independente do Poder Judiciário e prescindir da chancela deste para a consecução do interesse público. O ideal, nunca é demais lembrar, é que os litígios sejam evitados e a Administração resolva por si mesma e em caráter definitivo (e satisfatório) as questões que dela dependem (p. 25).

Em sede conclusiva, o controle difuso de convencionalidade realizado pela Administração Pública produz efeitos para a situação concreta analisada. Ou seja, em regra são *inter partes* e incidem somente sobre o processo administrativo em que o controle foi promovido. Segue-se, sobre esse aspecto, a mesma lógica atribuída aos tribunais e juízes nacionais, que é assim sintetizada por García Ramírez (2011):

Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél no tienen alcance erga omnes. Es decir, puede fijar criterios provisionales, inter partes, sujetos a control nacional inmediato [...] e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales (p. 129).¹⁹³

Contudo, dadas as peculiaridades do controle em sede administrativa, entende-se que a declaração de inconvenção pode ter efeitos *erga omnes* no caso de publicação de atos normativos gerais e abstratos, aplicando-se para a generalidade de hipóteses fáticas idênticas, o que é condizente com a razoável duração do processo e a tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais e humanos. Obviamente, nada justificaria preservar uma situação jurídica convencional apenas para um cidadão se os demais interessados poderiam igualmente gozá-la de forma espontânea, sem necessidade de se socorrer do Judiciário (GUSSOLI, 2020).

Na tramitação dos processos administrativos acima referidos, afigura-se indispensável a atuação dos respectivos órgãos e agentes responsáveis pela consultoria e assessoria jurídica da Administração, de maneira a permitir deliberações com suporte técnico-jurídico e evitar o cometimento de arbitrariedades sob o disfarce da convencionalidade, como será exposto na sequência.

5.2.7 A participação da Advocacia Pública

Considerando que o controle de convencionalidade se relaciona ao poder-dever de autotutela da Administração Pública e à vinculação da atuação administrativa à juridicidade em sentido amplo, é fácil presumir que a Advocacia Pública¹⁹⁴ deve ocupar protagonismo no

¹⁹³ Quando o tribunal nacional exerce o controle da convencionalidade, na falta de definições supranacionais, as decisões desse órgão jurisdicional não têm alcance *erga omnes*. Ou seja, pode fixar critérios provisórios, *inter partes*, sujeitos ao controle nacional imediato [...] e invariavelmente condicionados a definições supranacionais (tradução livre).

¹⁹⁴ Levando em consideração que o presente trabalho tem por objeto o exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública, as ponderações sobre a Advocacia Pública, realizadas na presente seção, referem-se essencialmente às instituições consagradas nos artigos 131 e 132 da Constituição da República de 1988. Assim, restringem-se aos componentes de consultoria, assessoramento e contenção jurídica da Administração. Sobre este último aspecto, Moreira Neto (2015) explica que a “imbricação funcional da Administração Pública com a Advocacia Pública de Estado atua de modo semelhante à da imbricação funcional do Judiciário com o

contexto da sua aplicação, de modo a direcionar a atuação “convencional” dos órgãos administrativos.

Com efeito, há uma imbricação lógica indissociável entre o Estado Democrático de Direito e a Advocacia Pública, na medida em que esta promove a comunicação entre os subsistemas sociais da política e do direito e detém a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas pelos agentes públicos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico (BINENBOJM, 2010). No exercício de sua tarefa institucional, cabe aos advogados públicos aconselhar, persuadir e induzir os agentes públicos no sentido de adotarem, invariavelmente, as providências normativas ou concretas que se destinem à afirmação dos valores democráticos e jurídicos, dentro ou fora dos processos judiciais ou administrativos (MOREIRA NETO, 2009).

A Advocacia Pública contemporânea não tem a função estrita de defender a Fazenda Pública em Juízo, tampouco de promover os interesses dos governantes do dia ou os interesses corporativos da instituição. Seu compromisso é com a defesa dos princípios da legalidade e, principalmente, da constitucionalidade, uma vez que é a Constituição que vincula os atos do poder público. Logo, para além de sua tradicional função de representação, judicial e extrajudicial, dos entes públicos, ela deve contribuir para o aperfeiçoamento das instituições democráticas e para a intocabilidade dos direitos fundamentais (SILVA, 2010).

Sobre o tema, descreve Coutinho (2016):

cabe à Advocacia Pública exercer uma advocacia de Estado, mediante a qual se assegure que o governo se conduza de acordo com o Ordenamento Jurídico. Em outras palavras, não cabe à Advocacia Pública envergar o Ordenamento Jurídico para que ele se faça conveniente ao governo, mas sim moldar o governo, para que ele realize a sua atividade nos termos das leis e da Constituição. Sendo assim, só se pode falar que a Advocacia Pública exerça uma Função Essencial à Justiça, se ela exercer junto ao governo uma Advocacia de Estado (p. 91)

Por conseguinte, é papel da Advocacia Pública apontar quando os limites da juridicidade foram ultrapassados e opinar, inclusive, no sentido do reconhecimento dos direitos postulados pelos administrados, da desistência de ações judiciais, da realização de transação e da uniformização de entendimentos administrativos que abreviem litígios e contribuam para a redução de demandas que assolam o Poder Judiciário. Para tanto, ela possui três características

Ministério Público, pois, em ambos os casos, têm-se funções coordenadas essenciais à realização da juridicidade, embora independentes. Não obstante, (...) em razão mesmo da necessidade de salvaguardar-se a exigida eficiência do sistema político-administrativo de Governança Pública, o elemento diferencial da ação de controle de juridicidade a cargo da Advocacia Pública de Estado reside em sua exclusiva função de prevenção e contenção da antijuridicidade na governança pública” (p. 15). Apesar disso, não se desconsidera a relevância da participação das demais funções essenciais à justiça (Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública) na realização do controle de convencionalidade em sede administrativa ou jurisdicional.

que a tornam absolutamente singular: (i) atuação prévia, garantindo que as políticas públicas detenham sustentabilidade jurídica e possam passar, eventualmente, no crivo do Judiciário; (ii) atuação sistêmica, com a possibilidade de conhecer os limites sistêmicos relacionados ao orçamento, ao quadro de pessoal, à estrutura material e aos possíveis efeitos colaterais de uma política pública; e (iii) atuação proativa, no sentido de prevenir litígios, aconselhar medidas e recomendar solução consensual (BINENBOJM, 2010).

Moreira Neto (2015) argumenta que, no desenvolvimento do controle de juridicidade, a Advocacia Pública de Estado exerce a função de contenção jurídica. Atua, nesse cenário, como uma advocacia da sociedade,¹⁹⁵ mesmo contrariando eventual resistência do governo e sem prejuízo da atuação de outros órgãos de controle, daí por que

o elemento diferencial da ação de controle de juridicidade a cargo da Advocacia Pública de Estado reside em sua exclusiva função de prevenção e contenção da antijuridicidade na governança pública. Esse é, pois, o elemento diferencial, em relação às demais modalidades constitucionais de controle, pois lhe cabe normalmente atuar, preventiva ou concomitantemente, com as funções de governança, notadamente de modo a ter condições de evitar que se produzam ou se mantenham atos inquinados de injuridicidade e, assim, impedir possíveis e, tantas vezes, gravosas consequências adversas para o interesse público que deles decorram, tais como, apenas exemplificando, paralisações, danos injustos a terceiros, corrupção, favorecimentos e tantos outros deploráveis vícios que o assolam, bem como na defesa dos jurídicos interesses do Estado (p. 15).

Como corolário desse controle de juridicidade, compete à Advocacia Pública provocar e subsidiar os órgãos administrativos para que estes promovam o exame de convencionalidade das normas jurídicas aplicáveis no exercício de suas funções, de maneira a respeitar os compromissos assumidos internacionalmente no campo dos direitos humanos, que fazem parte do ordenamento jurídico. Tal circunstância assegura que o controle de convencionalidade pela Administração tenha respaldo técnico-jurídico, o que evita o cometimento de arbitrariedades mediante o emprego de tal técnica, protege o agente público contra processos sancionadores e permite o aperfeiçoamento da motivação dos atos administrativos, inclusive para fins de fiscalização e possível judicialização.

Convém ressaltar que, no âmbito da consultoria jurídica, a Advocacia Pública emite pareceres: (i) facultativos, que podem ou não ser objeto de consulta pelos gestores; (ii) obrigatórios, os quais necessariamente devem ser solicitados, mas de cujas conclusões os gestores podem se afastar mediante fundamentação diversa; (iii) vinculantes, que obrigam na sua própria conclusão a decisão administrativa final; e (iv) normativos, que se projetam para

¹⁹⁵ Para o autor, “a Advocacia – e aqui entendida a praticada por qualquer de seus ramos – não se confunde nem se submete a nenhum órgão do governo do Estado, portanto, remanescendo como legítimo órgão da sociedade e, neste sentido, uma parte apenas tecnicamente diferenciada dela própria” (MOREIRA NETO, 2015, p. 17).

todos os demais casos semelhantes (BINENBOJM, 2010). Estes últimos, quando em foco situações que devam ser solucionadas homoganeamente, estimulam não apenas um cuidado por parte dos agentes públicos com a juridicidade de seus atos, mas também a criação de uma jurisprudência administrativa que favorece os administrados (MOREIRA NETO, 2009).

Assim, pelo regime jurídico de pareceres, a Advocacia Pública consegue definir parâmetros sobre a (in)convencionalidade das normas jurídicas, observando, evidentemente, o *corpus juris* interamericano – em especial a jurisprudência da Corte IDH. Como assinala Legale (2012), mesmo quando tais pareceres não são dotados de caráter vinculante, eles operam numa lógica de *soft law* e costumam ser seguidos, de modo que têm alto potencial de incentivar uma atuação administrativa voltada à efetivação dos valores democráticos e dos direitos humanos fundamentais. Dessa maneira, a Advocacia Pública exerce um papel fundamental na viabilização de um planejamento estratégico das políticas públicas, tanto na formulação de sua justificativa como na indicação dos procedimentos a serem adotados.

Até mesmo pela sua qualificação técnica, a participação da Advocacia Pública se torna, portanto, indispensável para a operacionalização do controle de convencionalidade pela Administração Pública. Ademais, seja por meio dos pareceres normativos, seja pela arquitetura institucional cooperativa dos advogados públicos nos diferentes níveis federativos – com núcleos e setores especializados e mecanismos de capacitação que uniformizam suas atividades –, a atuação da Advocacia Pública contribui para conferir segurança jurídica e padronização nos controles construtivo e repressivo de convencionalidade.

5.2.8 “Controle do controle”

Por fim, é oportuno advertir que, conquanto a Administração Pública seja competente para realizar o controle difuso de convencionalidade, na engenharia institucional brasileira quem dará a última palavra sobre o tema, no âmbito interno, será o Poder Judiciário. É que, na configuração dos Poderes do Estado Brasileiro, a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos é ampla, razão pela qual “a Administração, embora livre para decidir nos marcos da juridicidade, presta contas ao Poder Judiciário” (GUSSOLI, 2020, p. 25-26).

Tal conclusão é extraída do fato de que o ordenamento jurídico nacional adotou o sistema de jurisdição una, em que o Judiciário detém o monopólio do poder de deliberar, com força de coisa julgada, acerca da lesão a direitos individuais e coletivos. O fundamento encontra-se no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988, que proíbe a lei

de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição (DI PIETRO, 2020).

Isso não constitui óbice para que os atores que exercem funções administrativas interpretem o ordenamento jurídico. Significa apenas que qualquer prejudicado pelo ato administrativo poderá buscar as vias judiciais para obter um pronunciamento definitivo acerca da controvérsia jurídica. Nesse sentido, Barroso (2012) afirma que:

Legislativo, Executivo e Judiciário exercem um controle recíproco sobre as atividades de cada um, de modo a impedir o surgimento de instâncias hegemônicas, capazes de oferecer riscos para a democracia e para os direitos fundamentais. Note-se que os três Poderes interpretam a Constituição, e sua atuação deve respeitar os valores e promover os fins nela previstos. No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legitima a arrogância judicial (p. 30).

A própria CADH assegura, em seu artigo 25, que todo indivíduo tem direito a um recurso judicial para fins de proteção contra atos que violem seus direitos fundamentais, ainda que tal violação seja cometida por pessoas atuando no exercício de suas funções oficiais. Por seu turno, a Corte IDH já teve oportunidade de se manifestar, no caso *Barbani Duarte e outros v. Uruguai* (2011), sobre a extensão do controle jurisdicional exercido sobre os atos administrativos:

Este Tribunal coincide con la Corte Europea, en términos generales, en entender que existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos. Por el contrario, esta Corte estima que no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso (§ 204).¹⁹⁶

Nesse panorama, malgrado os agentes públicos tenham o poder-dever de realizar o controle de convencionalidade, este poderá, em última instância, ser “controlado” pelo Poder Judiciário, o qual proferirá decisão definitiva acerca da (in)convencionalidade de determinada norma jurídica. Evidentemente, a atuação dos órgãos jurisdicionais deve observar as mesmas diretrizes – critério, paradigma e possibilidade de alcance – já referidos acima, sempre com o

¹⁹⁶ Esta Corte concorda com o Tribunal Europeu, em termos gerais, no entendimento de que existe uma revisão judicial satisfatória quando o órgão jurisdicional examina todas as alegações e argumentos que lhe são apresentados sobre a decisão do órgão administrativo, sem declinar a sua competência para os resolver ou para determinar os fatos. Ao contrário, esta Corte considera que não há revisão judicial se o órgão jurisdicional está impedido de determinar o objeto principal da controvérsia, como, por exemplo, nos casos em que esteja limitado por determinações fácticas ou jurídicas realizadas pelo órgão administrativo que foram decisivas na resolução do caso (tradução livre).

objetivo de evitar uma condenação internacional e conceder a máxima efetividade aos direitos humanos fundamentais, tendo como ponto de partida o *standard* mínimo regional.

A possibilidade desse controle superveniente pelo Poder Judiciário está alinhada ao sistema de freios e contrapesos que constitui elemento do Estado Constitucional, eis que permite a contenção de eventual excesso ou arbítrio por parte dos agentes públicos. Ademais, possibilita o estabelecimento de um diálogo não só no nível nacional-regional, mas também entre as próprias instituições internas, ampliando as potencialidades de incorporação e aprimoramento dos parâmetros interamericanos de proteção dos direitos humanos fundamentais sobre todas as estruturas do Estado.

Salienta-se, entretanto, que a intérprete final do *corpus juris* interamericano é a Corte IDH, a qual poderá eventualmente ser instada a corrigir o resultado do controle difuso de convencionalidade empregado pelos órgãos administrativos e jurisdicionais domésticos, notadamente no caso de inobservância dos critérios hermenêuticos fixados em sua jurisprudência ou diante da constatação de que seria possível adotar uma solução mais protetiva ou menos restritiva aos direitos em jogo.

5.3 POTENCIAIS CRÍTICAS EM PARALELO AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conquanto não se ignore que o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade compreendem institutos jurídicos diferentes, que se configuram a partir de distintos fluxos normativos (nacional e internacional), autoridades interpretativas (STF e Corte IDH) e critérios de execução (formal hierárquico e substancial *pro persona*), ambos implicam a análise da (in)validade das normas jurídicas estatais e, portanto, desafiam a clássica ideia de submissão da Administração Pública à lei em sentido estrito.

Dessa maneira, considerando a escassa produção acadêmica a respeito da possibilidade do exercício do controle de convencionalidade em sede administrativa, passa-se a analisar as prováveis críticas que podem surgir sobre tal temática, com base em argumentos que já são tradicionalmente invocados pela doutrina e jurisprudência para defender a impossibilidade de a Administração Pública recusar a aplicação de leis que considere inconstitucionais, sem necessidade de acionar o Poder Judiciário.

Em pesquisa realizada sobre o tema, Hachem (2014) explica que, antes da promulgação da Constituição da República de 1988, o STF contava com posição majoritária no

sentido de que o Poder Executivo não estaria obrigado a cumprir leis que reputasse inconstitucionais, tendo atestado a legitimidade de diversos atos administrativos gerais e abstratos que rejeitaram a aplicação de leis entendidas como contrárias à Constituição. Entretanto, ressalva que o referido tribunal não teve a oportunidade de enfrentar diretamente a matéria sob a égide do atual texto constitucional, o qual promoveu significativa ampliação dos entes legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em mais de uma ocasião no contexto pós-1988¹⁹⁷, deliberou que os Chefes dos Poderes Executivos federal, estaduais, distrital e municipais, por se comprometerem a guardar especial observância à Constituição, poderiam deixar de cumprir leis consideradas inconstitucionais, ainda que sem manifestação do Judiciário que os respaldasse, decisão que vincularia toda a Administração Pública a eles subordinada e os sujeitaria aos riscos decorrentes de suas escolhas político-jurídicas (HACHEM, 2014).

Diante disso, Hachem (2014) sintetiza que a orientação dominante no Poder Público brasileiro seria

a de que a recusa administrativa à aplicação de leis havidas por inconstitucionais é admitida pelo ordenamento jurídico, observadas as seguintes peculiaridades: (i) ela compete apenas aos chefes do Poder Executivo, que não poderão declarar a inconstitucionalidade da lei, mas apenas negar-lhe execução e determinar aos seus subordinados que também o façam, desde que o Poder Judiciário ainda não haja se manifestado em sentido oposto; (ii) trata-se de uma prerrogativa genérica, que não se limita a casos de inconstitucionalidades específicas (v.g., violação de direitos fundamentais), estendendo-se a qualquer situação de ofensa legal à Constituição; (iii) o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos Municipais, ao se valerem de tal prerrogativa, estão sujeitos à revisão judicial de seus atos e à responsabilização civil, administrativa e criminal que deles possa advir (p. 343).

Com base nessa constatação, o autor rebate os principais argumentos identificados na doutrina constitucional-administrativista para rejeitar a prerrogativa administrativa de negar execução à lei tida por inconstitucional, sendo eles: (i) o princípio da legalidade administrativa; (ii) o princípio da separação dos poderes; (iii) a presunção de constitucionalidade das leis; (iv) a inexistência de competência expressa na Constituição; (v) a possibilidade de controle prévio pelo veto do chefe do Poder Executivo; (vi) a legitimidade ativa do Presidente da República e dos Governadores para suscitar o controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade; (vii) a previsão constitucional de crime de responsabilidade do Presidente da República em caso de descumprimento da lei; e (viii) os riscos de anarquia, insegurança jurídica e arbitrariedades (HACHEM, 2014).

¹⁹⁷ O autor faz referência ao Recurso Especial nº 23.121/GO para demonstrar tal constatação.

Tendo em vista que a problemática do controle de constitucionalidade não é objeto da presente pesquisa, bem como que não há a pretensão, aqui, de se equiparar as duas modalidades de controle (constitucionalidade e convencionalidade), mas tão somente antecipar controvérsias similares que possam se opor ao controle de convencionalidade em razão da arquitetura institucional dos Poderes da República e da tradição jurídica brasileira, os argumentos mencionados acima serão brevemente enfrentados na sequência, sem o intuito de se esgotar o assunto e fazendo-se as derradeiras diferenciações quanto aos pressupostos que circundam o controle de convencionalidade.

O primeiro argumento sustenta que a Administração Pública se encontraria obrigada a agir sempre *secundum legem*, de modo a impedir o arbítrio estatal e proteger as liberdades individuais. De acordo com Hachem (2014), tal argumento ignora que, havendo desvio do legislador no cumprimento da Constituição, a obediência da respectiva norma legal pela Administração implicaria a concretização da injustiça e, potencialmente, o desrespeito a direitos fundamentais. Ademais, ele desconsidera que a lei é apenas um dos elementos normativos que orientam a atuação administrativa, entre outras fontes jurídicas – inclusive com hierarquia superior, como é o caso da Constituição.

As mesmas ponderações feitas pelo autor também se aplicam ao controle de convencionalidade difuso: o princípio da legalidade administrativa não constitui óbice à possibilidade de o agente público realizar o exame da compatibilidade da norma jurídica com o *corpus* juris interamericano; ao revés, ele legitima sua utilização. Isso porque, como já exposto, a legalidade – melhor definida, atualmente, como “juridicidade” – não é mais concebida apenas como subordinação à lei originada do Parlamento, mas sim como obediência ao ordenamento jurídico como um todo. E, uma vez que o Brasil ratificou a CADH e aceitou a competência da Corte IDH, as diretrizes de proteção de direitos humanos emanadas pelo SIDH passam a compor esse ordenamento e devem ser respeitadas com o mesmo grau de comprometimento.

O segundo argumento afirma que a negativa de aplicação de uma lei pela Administração Pública afrontaria a autoridade de ato emanado pelo Poder Legislativo no exercício de sua função típica e, além disso, usurparia a competência (supostamente) exclusiva do Poder Judiciário de controlar repressivamente a constitucionalidade (HACHEM, 2014).

Hachem (2014) se contrapõe ao referido argumento a partir de quatro pressupostos: (i) a “separação de poderes” não é um princípio estático que contém a mesma fisionomia adquirida em sua conformação liberal no final do século XVIII, devendo se adaptar ao sistema de freios e contrapesos; (ii) como consequência do pressuposto anterior, a afirmação da supremacia

constitucional tem o potencial de proteger os indivíduos tanto da arbitrariedade do legislador quanto dos descomedimentos do administrador; (iii) o princípio da constitucionalidade incide sobre todos os setores do Estado, de forma que, até que os órgãos judiciários sejam conclamados a atuar, os demais agentes públicos deverão interpretar as leis à luz da constituição; e (iv) não há que se falar em usurpação de competência do Poder Judiciário, uma vez que este é incumbido de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional – mas não a única¹⁹⁸ –, sendo certo que o ato administrativo que nega a aplicação de lei inconstitucional não faz coisa julgada.

O controle de convencionalidade, da mesma forma que o controle de constitucionalidade, contribui no contexto do sistema de freios e contrapesos, na medida em que permite a limitação recíproca da atuação estatal, entre diferentes poderes e órgãos, para salvaguardar os direitos individuais. Além do mais, por força do princípio da responsabilidade unitária do Estado nas relações internacionais, o dever de obediência aos compromissos convencionais também se irradia sobre todos os setores do Estado, sendo irrelevante, para fins de condenação internacional, qual agente estatal praticou a violação. Por fim, a prerrogativa de realizar o controle de convencionalidade difuso conferida à Administração Pública em nada afeta a possibilidade de controle superveniente (e com grau definitivo) pelo Judiciário ou, até mesmo, pela Corte IDH.

O terceiro argumento expressa que a Administração Pública estaria obrigada a aplicar uma norma, mesmo que lhe reputasse inconstitucional, em virtude do princípio da presunção de constitucionalidade das leis – que só seria quebrado mediante pronúncia do Poder Judiciário. Embora admita a importância de tal princípio, Hachem (2014) destaca que a presunção seria *juris tantum* (relativa) e não *juris et de jure* (absoluta), de forma que pode ser afastada a partir da demonstração, acompanhada de fundamentação jurídica, de que a norma legal efetivamente infringe o texto constitucional. Assim, a controvérsia residiria não na “presunção”, mas em um suposto fundamento de que o Judiciário detém o monopólio da interpretação constitucional – o qual, como visto acima, não se sustenta.

Acerca desse argumento específico, importa observar que, no âmbito do direito convencional, não há qualquer “presunção de convencionalidade” de leis. Pelo contrário, o artigo 2 da CADH exige dos Estados partes um compromisso na adaptação contínua de seus

¹⁹⁸ Nesse sentido, Barroso (1990) assevera que: “Ao Judiciário, aliás, como próprio de sua função institucional, compete dizer o direito com caráter de definitividade. A última palavra, não só na interpretação da Constituição como na aplicação de qualquer regra jurídica, é do Judiciário, de cuja apreciação não se poderá excluir qualquer ameaça ou lesão de direito (CF, art. 59, inc. XXXV). Mas a interpretação da Constituição, ou, antes, a observância da Constituição, não é evidentemente monopólio do Poder Judiciário. Também o Executivo tem o poder, e, mais ainda, o dever de impedir que ela seja violada, e deverá abster-se da prática de qualquer ato que importe em desrespeito à Lei Maior” (p. 393-394).

ordenamentos jurídicos para tornar efetivo os direitos e liberdades nela reconhecidos. Desse modo, caso o agente público, no exercício da atividade administrativa, constate que o controle de convencionalidade não foi empreendido no processo legislativo, nasce para ele o dever de atuar no caso concreto com o escopo de evitar a responsabilização internacional, uma vez que as repartições de função e competência fixadas no âmbito doméstico são irrelevantes para o direito internacional.

O quarto argumento contrário advoga que a Constituição da República de 1988 não teria instituído competência expressa para que o Executivo ou os órgãos da Administração Pública de maneira geral negassem a aplicação das leis e atos normativos que considerassem inconstitucionais. Hachem (2014) refuta esse fundamento por duas razões: (i) a Constituição da República, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios contemplam um compromisso dos Chefes dos Poderes Executivos em manter, defender e cumprir a ordem constitucional; e (ii) também não há delegação constitucional de competência para que os juízes de primeira instância exerçam o controle difuso de constitucionalidade e nem por isso essa prerrogativa lhes é negada.

Adotando-se os fundamentos do pluralismo constitucional (WALKER, 2002a) e da teoria do duplo controle de direitos humanos (RAMOS, 2018), parte-se da premissa de que o controle de convencionalidade deriva de fluxo normativo distinto e (igualmente legítimo): o internacional, daí por que seria desnecessário exigir que ele fosse indicado, em competência expressa, na constituição nacional ou mesmo que sua realização fosse assentida pela jurisprudência do tribunal constitucional interno. Importa, para fins de convencionalidade, a posição da Corte IDH enquanto intérprete autêntica do direito interamericano. E, para este tribunal, o dito controle deve ser realizado por qualquer autoridade pública e nas interpretações jurisdicionais e administrativas.

O quinto argumento indica que o Poder Executivo não poderia deixar de aplicar uma lei tida por inconstitucional porque o artigo 66, §1º, da Constituição já lhe confere competência para realizar esse juízo previamente à promulgação do ato normativo, por meio da prerrogativa de veto (HACHEM, 2014).

Para Hachem (2014), o argumento não convence pelos seguintes motivos: (i) ele se aplica apenas ao Chefe do Poder Executivo e ignora o restante dos agentes que integram o quadro da Administração Pública e podem se deparar com um vício de inconstitucionalidade; (ii) a conformidade constitucional de uma lei pode ser contestada pela Administração Pública de âmbito federativo diverso; (iii) ainda que se trate do mesmo âmbito federativo, a lei pode ter sido sancionada em mandato anterior; (iv) a constatação do vício de inconstitucionalidade pode

vir à tona apenas quando o ato começar ser aplicado em concreto; (v) seria desarrazoado negar ao Executivo a possibilidade de corrigir eventual erro no juízo prévio de constitucionalidade e permitir a proliferação de atos jurídicos inconstitucionais pautados na norma viciada; e (vi) a ideia de que a análise de (in)constitucionalidade precluiria com a sanção da lei não se sustenta, porque a Constituição concede ao Presidente da República e aos Governadores legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade em face de leis por eles sancionadas.

Entende-se que a prerrogativa constitucional de veto dos Chefes do Poder Executivo no processo legislativo também pode ser utilizada para a operacionalização de um exame prévio (político-jurídico) de convencionalidade do projeto de lei, uma vez que a constatação de que determinado ato normativo desrespeita as obrigações internacionais o torna contrário ao interesse público, considerados a violação, em si, dos parâmetros de efetivação de direitos definidos na esfera convencional e, ainda, o interesse do Estado em evitar uma responsabilização internacional, que pode desencadear consequências políticas indesejadas nas relações internacionais.

Entretanto, pelos mesmos motivos apresentados por Hachem (2014), sustenta-se que tal circunstância não retira da Administração Pública, de modo geral, o poder-dever de realizar o controle de convencionalidade superveniente, mormente porque o juízo prévio do Chefe do Poder Executivo se dá no plano abstrato e não assegura um exame sobre a totalidade de impactos jurídicos que a lei pode produzir. É no exercício da atividade administrativa propriamente dita que os agentes públicos poderão apreciar as situações concretas e promover a conformação, construtiva ou repressiva, do ato jurídico com o *corpus juris* interamericano.

O sexto argumento considera que a Constituição de 1988 concedeu ao Presidente da República e aos Governadores a legitimidade para deflagrar o processo de controle abstrato de constitucionalidade das leis perante o STF, de modo que não haveria mais justificativa para autorizar que eles deixassem de aplicar, sem anuência do Judiciário, normas consideradas inconstitucionais. Sobre esse tema, Hachem (2014) observa que a legitimação constitucional não alcança os Prefeitos Municipais e também a os agentes que integram os quadros da Administração Pública brasileira, seja das entidades da Administração Direta, nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos Tribunais de Contas ou no Ministério Público, seja dos entes da Administração indireta.

Diferentemente do controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade é exercido de forma concentrada pela Corte IDH, tanto no julgamento de casos contenciosos como na emissão de opiniões consultivas. Por essa razão, o argumento sobre a legitimidade conferida aos Chefes do Executivo Federal e Estadual, no âmbito da jurisdição constitucional,

não é pertinente ao caso. De toda forma, seria inconcebível aguardar que a Corte IDH julgasse uma demanda e/ou elaborasse uma opinião consultiva específica sobre a controvérsia convencional enfrentada pelos agentes públicos internos para, somente nessa hipótese, admitir a invalidade jurídica de uma norma contrária ao direito internacional dos direitos humanos.

O sétimo argumento propõe que a Constituição seria avessa à possibilidade de o Poder Executivo negar a aplicação das leis, porquanto seu artigo 85, inciso VII define como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra “o cumprimento das leis”. Segundo Hachem (2014), o argumento não vingaria por duas razões: (i) o parágrafo único do mesmo dispositivo determina que tais crimes são “definidos em lei especial” e as hipóteses específicas previstas na Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, que tratam do descumprimento de lei orçamentária e infração de lei federal de ordem pública, logicamente se referem a leis existentes e válidas, o que não é o caso das inconstitucionais, que são nulas; e (ii) o *caput* do artigo 85, antes de se referir a qualquer conduta, também define que são crimes de responsabilidade os atos que atentem contra a Constituição.

Da mesma forma que seria ilógico admitir que a Constituição exige o cumprimento de leis contrárias ao seu próprio texto – em inaceitável autofagia –, também não faria sentido cogitar que ela autoriza a aplicação de leis violadoras de compromissos internacionalmente assumidos no tema dos direitos humanos. Vale lembrar que o atual texto constitucional contempla diversas cláusulas de integração ao direito internacional dos direitos humanos, como a prevalência dos direitos humanos na ordem internacional (artigo 4º, II) e o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 2º).

Adiciona-se a isso o fato de que a Corte IDH, no precedente *Gelman v. Uruguai* (2011), enfaticamente determinou que todos os agentes públicos devem realizar o controle de convencionalidade. Assim, considerando que a ordens jurídicas interna e internacional devem se relacionar de modo harmônico e baseadas no princípio *pro persona*, a compatibilização entre o texto constitucional e a posição do tribunal regional leva a rejeição do argumento mencionado.

O oitavo e último argumento pressupõe que a possibilidade de a Administração Pública afastar a aplicação de leis que lhe pareçam inconstitucionais conduziria à anarquia e à insegurança jurídica, abrindo espaço para práticas abusivas e autoritárias (HACHEM, 2014).

São quatro os contra-argumentos de Hachem (2014) para esse ponto: (i) o risco de práticas abusivas não se configuraria se a prerrogativa fosse apenas aceita para fins de proteger o cidadão e sua esfera jurídica, no contexto do respeito aos direitos fundamentais; (ii) eventuais prejuízos à segurança jurídica são decorrentes da coexistência dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, o que inclusive ensejou a criação da modalidade de ação

declaratória de constitucionalidade no ordenamento jurídico para amenizar o problema; (iii) o ato administrativo que recusa a aplicação de lei inconstitucional não é definitivo e sempre pode se submeter à apreciação do Judiciário; e (iv) os agentes públicos, ao manifestarem a função administrativa, sujeitam-se à responsabilização civil, criminal e administrativa pelos seus atos, de sorte que a prerrogativa em questão não pode ser utilizada de forma leviana, necessita de amplo respaldo jurídico e, no caso de abuso, pode acarretar a sanção do agente.

As aludidas reflexões do autor se aplicam integralmente ao objeto da presente pesquisa, inclusive de forma potencializada. É que o controle de convencionalidade, por sua própria natureza e paradigma, somente é exercido com a finalidade de proteger os direitos humanos, não havendo outras hipóteses de incidência – como, por exemplo, organização de poder, repartição de competências constitucionais e/ou outras questões institucionais. Ainda, o critério empregado é material e *pro persona*: ou seja, seu exercício deve resultar, necessariamente, na solução que seja mais protetiva ou menos restritiva aos direitos dos administrados.

Também é preciso considerar que o controle de convencionalidade é vinculado aos parâmetros hermenêuticos estabelecidos pela Corte IDH, o que reduz os riscos de uma postura administrativa autoritária. Ademais, entende-se que a atuação da Advocacia Pública, a tomada de decisão em processo administrativo que conte com a participação dos interessados e a possibilidade de fiscalização judicial posterior também contribuem para aumentar a credibilidade do processo.

Em sede conclusiva, embora a presente seção tenha antecipado que todas as críticas supramencionadas podem, com as derradeiras adaptações, ser levantadas em relação ao controle de convencionalidade administrativo, reitera-se que esta técnica se distingue do habitual controle de constitucionalidade e que não há qualquer intenção de se igualá-las. Isso se dá, sobretudo, porque o controle de convencionalidade é uma ferramenta associada à responsabilidade internacional do Estado, cuja compreensão demanda, sempre, um olhar sob a perspectiva externa do SIDH e do direito internacional.

5.4 EXEMPLOS DE PARÂMETROS INTERAMERICANOS A SEREM INCORPORADOS NO EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De modo geral, o controle de convencionalidade voltado à tutela administrativa dos direitos humanos gera dois efeitos negativos para a Administração Pública: não agir contrariamente aos tratados internacionais de direitos humanos, tal como interpretados pelos tribunais internacionais, bem como recusar-se a aplicar normas violadoras de tais tratados. Gera, também, dois efeitos positivos: a redução da clássica discricionariedade administrativa em favor dos direitos humanos e a possibilidade de a Administração agir na ausência de lei para atender a norma convencional vigente (GUSSOLI, 2018).

As decisões da Corte IDH podem produzir impacto considerável sobre a Administração Pública direta e indireta, demandando medidas que promovam a alteração na organização administrativa, confirmam características especiais à atuação pública e/ou exijam o exercício de uma competência estatal em determinado sentido (COVILLA MARTÍNEZ, 2019). Reitera-se, sobre esse aspecto, que os pronunciamentos do tribunal regional reproduzem parâmetros de efetivação de direitos humanos que alcançam todos os membros do SIDH, os quais devem ser observados por todos os agentes públicos.

A primeira consequência lógica do exercício do controle de convencionalidade no âmbito da atividade administrativa é a imposição de que os pleitos e controvérsias administrativos sejam resolvidos a partir do princípio *pro persona*. Isto é, a decisão do agente público deve sempre fazer prevalecer, em favor do administrado, a norma ou interpretação mais favorável aos direitos humanos – mais protetiva ou menos restritiva (GUSSOLI, 2019). Nessa linha, enfatiza Alianak (2015) que “*el principio pro homine nos lo impone, y por ende la actividad administrativa debe estar al servicio del ciudadano y su fin es la satisfacción de los derechos de estos últimos, quienes son los destinatarios de la actividad administrativa*”.¹⁹⁹

A Corte já definiu inúmeras diretrizes específicas, sobre os mais variados temas, que repercutem diretamente sobre a Administração Pública. Vale dizer, elas influenciam, entre outras áreas, no exercício de seus poderes (disciplinar, discricionário, de polícia, normativo, etc.), nos trâmites de processos administrativos, na prestação de serviços públicos, na forma de reconhecimento, promoção, fomento e reparação de direitos, na supervisão e fiscalização de atividades públicas e privadas e no modo de interação do Poder Público com determinados grupos, devendo ser incorporadas a partir do controle de convencionalidade.²⁰⁰

¹⁹⁹ O princípio *pro homine* se impõe sobre nós, de modo que a atividade administrativa deve estar a serviço dos cidadãos e tem por objetivo a satisfação dos direitos destes, que são os destinatários da atividade administrativa (tradução livre).

²⁰⁰ Conforme indicado na introdução do presente trabalho, o levantamento dos parâmetros jurisprudenciais explorados nesta seção compreendeu a busca por precedentes que guardassem relação com temas tradicionais do Direito Administrativo, tais como: organização administrativa, exercício de poderes administrativos, prestação de serviços públicos, regulação e processo administrativo. O método aplicado foi a análise de conteúdo,

Somente a título ilustrativo, pode-se mencionar a contenção do poder de polícia administrativa limitador de direitos e liberdades com base no artigo 30 da CADH. De acordo com a Corte IDH, no aspecto formal há o imperativo de que a restrição a direitos seja estabelecida apenas por meio de lei – que, para essa finalidade, corresponderia exclusivamente ao produto do Poder Legislativo. Tal conclusão, embora também possa ser alcançada a partir do ordenamento jurídico interno, se intensifica em razão da jurisprudência interamericana, vedando-se, por conseguinte, que uma medida provisória possa ser aplicada no caso concreto para legitimar o poder de polícia e restringir os direitos dos cidadãos (GUSSOLI, 2019).

Nesse sentido, a Corte IDH registrou na Opinião Consultiva OC 06/1986 que

La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado (§ 27).²⁰¹

Sob o prisma substancial, a jurisprudência interamericana demanda que as restrições a direitos provocadas pelo poder de polícia devam ser conduzidas pelos limites gerais impostos pelos tratados e, principalmente, pelas decisões dos organismos internacionais (GUSSOLI, 2019). Acerca desse tema, a Corte deliberou, no precedente *Yatama v. Nicarágua* (2005), que tais restrições: (i) não podem ser discriminatórias; (ii) devem se fundamentar em critérios razoáveis; (iii) precisam atender a um propósito útil e oportuno; (iv) devem ser necessárias para satisfazer um interesse público e imperativo; e (v) devem ser proporcionais ao objetivo, de forma que, havendo várias opções para alcançar o fim, deve ser escolhida a que menos restrinja o direito protegido e que guarde maior proporcionalidade com o propósito perseguido (§ 206).

Ao analisar o artigo 30 da CADH, Salomoni (2006) reflete que as referidas restrições

definida por Bardin (2010) como o “conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter, por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (quantitativos ou não) que permitem a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens” (p. 42).

²⁰¹ A expressão “leis”, no âmbito da proteção dos direitos humanos, não teria sentido se não se referisse à ideia de que a mera determinação do poder público não é suficiente para restringir tais direitos. O contrário equivaleria a reconhecer uma virtualidade absoluta aos poderes dos governantes perante os governados. Por outro lado, a palavra “leis” ostenta todo o seu sentido lógico e histórico se for considerada como exigência para a necessária limitação à ingerência do poder público na esfera dos direitos e liberdades da pessoa humana. A Corte conclui que a expressão “leis”, utilizada pelo artigo 30, não pode ter outro significado que não o de lei formal, ou seja, uma norma jurídica adotada pelo órgão legislativo e promulgada pelo Poder Executivo, de acordo com o procedimento exigido pelo direito interno de cada Estado (tradução livre).

devem ter sido adotadas em função do bem comum, conceito que deve ser interpretado como elemento integrante da ordem pública no Estado democrático, cujo fim principal é a proteção dos direitos essenciais do homem, e a criação de circunstâncias que permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade. Bem comum e ordem pública na Convenção são termos que devem ser interpretados dentro de seu sistema, que tem uma concepção própria, segundo a qual os Estados americanos requerem sua organização política sobre a base do exercício efetivo da democracia representativa e dos direitos do homem que têm como fundamento os atributos da pessoa humana, e devem ser objeto de proteção internacional (p. 25).

No que diz respeito à tramitação de processos administrativos, a Corte IDH manifestou, no julgamento do caso Tribunal Constitucional v. Peru (2001), que as “garantias judiciais” mencionadas no artigo 8 da CADH devem ser observadas em todas as instâncias nas quais o ato estatal possa afetar os direitos dos indivíduos (§ 69), daí por que qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, que exerça funções materialmente jurisdicionais relacionadas à determinação dos direitos e obrigações das pessoas, deve agir em conformidade com as garantias do devido processo legal (§ 71).

Reiterando esse entendimento no caso Baena Ricardo e outros v. Panamá (2001), a Corte afirmou que qualquer atuação ou omissão de órgãos estatais em um processo, seja ele administrativo sancionatório ou jurisdicional, deve respeitar o devido processo legal (§ 124), bem como que a discricionariedade administrativa possui limites intransponíveis, inclusive nos direitos humanos, de maneira que

es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso (§ 126).
202

Isso significa que a vasta jurisprudência²⁰³ da Corte Interamericana versando sobre proteção judicial e devido processo é aplicável, no que couber, ao trâmite de processos administrativos, o que reforça sensivelmente a proteção do administrado frente ao poder sancionatório do Estado-Administrador. Alianak (2015) elenca diversos parâmetros daí decorrentes, tais como: (i) a obrigação de todos os órgãos estatais em garantir que seus remédios administrativos não são meramente ilusórios ou inúteis, seguindo os estândares delimitados pelos precedentes interamericanos; (ii) o direito do cidadão em contar com um prazo razoável

²⁰² É importante que a atuação da administração seja regulada, não podendo esta invocar a ordem pública para reduzir discricionariamente as garantias dos administrados. Por exemplo, a administração não pode editar atos administrativos sancionatórios sem conceder ao sancionado a garantia do devido processo (tradução livre).

²⁰³ Ver, entre outros, a Opinião Consultiva OC 9/87 e os casos Genie Lacayo v. Nicarágua (1997), Ivcher Bronstein v. Peru (2001), Myrna Mack Chang v. Guatemala (2003), Yvon Neptune v. Haiti (2008), Aritz Barbera e outros v. Venezuela (2008), Barreto Leiva v. Venezuela (2009), Radilla Pacheco v. México (2009), Barbani Duarte e outros v. Uruguai (2011) e Liakat Ali Alibux v. Suriname (2014).

na tramitação do processo administrativo²⁰⁴; (iii) e o direito de ser ouvido e de se manifestar em sua forma mais ampla, com paridade de armas.

Gussoli (2019) também aponta um dever de concessão automática de efeito suspensivo a recursos administrativos²⁰⁵, em deferência ao direito de paridade de armas concedido ao cidadão, extraído dos artigos 8 e 25 da CADH, raciocínio que pode ser aplicado para aprofundar, cada vez mais, a abolição dos extensos privilégios procedimentais que muitas vezes são conferidos à Administração Pública sob o pretense princípio da supremacia do interesse público.²⁰⁶

Em outro exemplo, Hachem (2015) aborda a necessidade de a Administração Pública oferecer ao cidadão, no ato de instauração do processo administrativo disciplinar, uma comunicação prévia e pormenorizada das acusações que lhe são dirigidas, com fundamento no artigo 8º, 2, “b” da Convenção Americana e em precedentes da Corte IDH. Segundo o referido autor, a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais, prevê que a instauração da sindicância ou processo disciplinar se dá por meio de portaria, porém não estabelece quais requisitos devem estar presentes no referido instrumento inaugural, circunstância que leva as entidades e órgãos administrativos a entenderem, amparados na jurisprudência do STJ²⁰⁷, pela desnecessidade de uma descrição minudente e detalhada dos fatos imputados ao acusado. Nada obstante, a Corte IDH, no caso *Fermín Ramírez v. Guatemala* (2005), já assinalou que

La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en

²⁰⁴ A respeito do tema, a Corte IDH, na apreciação do caso *Genie Lacayo v. Nicaragua* (1997), dialogou com o TEDH e reconheceu três elementos que devem ser examinados para se determinar a o prazo razoável do processo: a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado e a conduta das autoridades encarregadas pelo julgamento (§ 77).

²⁰⁵ Para o autor, a suspensão automática da força executória das decisões administrativas também encontra respaldo no direito ao duplo grau de julgamento, afirmado no artigo 8.2, “h”, da CADH, notadamente em procedimentos com objetivo disciplinar/sancionatório (GUSSOLI, 2019).

²⁰⁶ O referido autor aponta dez parâmetros básicos de atuação da Administração Pública segundo os tratados internacionais de direitos humanos: (i) decidir as controvérsias administrativas a partir do princípio *pro persona*; (ii) simplificar ao máximo a rotina de processos administrativos; (iii) não relativizar a legalidade ou utilizar de expedientes informais para restringir direitos dos cidadãos; (iv) atuar espontaneamente em favor da satisfação dos direitos e pedidos administrativos dos cidadãos; (v) abandonar a teoria da presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos no trato com o cidadão; (vi) regulamentar, ao máximo, a utilização de competências discricionárias; (vii) identificar e privilegiar as situações em que é possível a composição administrativa; (viii) levar em consideração os requisitos formais e substanciais para o exercício do poder de polícia, segundo os parâmetros internacionais; (ix) privilegiar a boa-fé administrativa e a prevenção do conflito, de modo a evitar a judicialização; e (x) conceder automaticamente efeito suspensivo a recursos administrativos. (GUSSOLI, 2019).

²⁰⁷ Hachem (2015) indica, entre outros, o precedente firmado no Recurso em Mandado de Segurança n. 39.361/MG.

*la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan (§ 67).*²⁰⁸

No campo da prestação de serviços públicos, a Corte IDH igualmente estabelece balizas relevantes à Administração Pública. Por exemplo, há forte produção jurisprudencial sobre as obrigações positivas dos Estados no campo do direito à saúde, que necessitam ser consideradas pelos agentes públicos na aplicação da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que organiza o Sistema Único de Saúde brasileiro, bem como das políticas públicas sanitárias.

Mesmo antes da reorientação jurisprudencial operada sobre a possibilidade de tutela autônoma dos direitos sociais²⁰⁹, a Corte já havia firmado parâmetros importantes a partir de abordagem indireta dos direitos civis e políticos. Nesse sentido, o precedente *Ximenes Lopes v. Brasil (2006)*²¹⁰ trouxe ponderações sobre a responsabilidade estatal na prestação de serviços de saúde – concretizada nos deveres de cuidar, de regular e fiscalizar e de investigar eventuais violações de direitos, independentemente da natureza (pública ou particular) da entidade encarregada de executar os aludidos serviços. Além disso, estabeleceu múltiplas orientações para os atendimentos de saúde mental, ressaltando a necessidade de se respeitar a intimidade e autonomia do paciente e de se considerar a capacidade deste de expressar sua vontade.²¹¹

²⁰⁸ A descrição material da conduta imputada contém os dados fáticos contidos na acusação, que constituem a referência indispensável para o exercício da defesa do acusado e a conseqüente consideração do juiz na sentença. Assim, o acusado tem o direito de conhecer, através de uma descrição clara, detalhada e precisa, os fatos que lhe são imputados (tradução livre).

²⁰⁹ Cf. Capítulo 4, Seção 4.1.2.

²¹⁰ Importante observar que o caso envolvendo Damião Ximenes Lopes influenciou, de modo significativo, a política de atenção à saúde mental no Brasil. Ainda durante a tramitação preliminar da demanda perante a CIDH, houve a aprovação da Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001, que passou a dispor sobre a proteção das pessoas acometidas por transtornos mentais e redirecionou o modelo assistencial em saúde mental. Acerca do tema, refletem Rosato e Correia (2011): “A referida lei somente foi aprovada após doze anos de tramitação no Congresso Nacional, o que permite afirmar que o Caso Damião Ximenes contribuiu para acelerar o processo de aprovação da mesma, no sentido de o Brasil dar respostas à demanda internacional apresentada perante a CIDH no ano de 1999. É o que pode ser observado a partir de argumentos da defesa do Estado brasileiro perante a Corte” (p. 105-106). Em conformidade com a sentença da Corte IDH, o Ministério da Saúde instituiu uma Rede de Atenção Psicossocial que denota claro diálogo com os parâmetros interamericanos, pautada nas seguintes diretrizes: o respeito aos direitos humanos, a garantia à autonomia e liberdade das pessoas, o acesso a serviços de cuidado e assistência multiprofissional, a atenção humanizada e centrada nas necessidades das pessoas e a ênfase em serviços de base territorial e comunitário. Nesse sentido, a Portaria GM/MS n. 3.088, de 23 de dezembro de 2011, que privilegiou componentes comunitários de atendimento que se distanciam do modelo manicomial dos hospitais psiquiátricos e consagrou como objetivo específico da política pública a promoção de mecanismos de formação permanente dos profissionais de saúde.

²¹¹ Foi apontado que o atendimento de saúde mental deve estar disponível para todo indivíduo que dele necessite, por meio de tratamento que “deve se destinar ao melhor interesse do paciente, deve ter por objetivo preservar sua dignidade e sua autonomia, reduzir o impacto da doença e melhorar sua qualidade de vida” (§109). No entendimento dos juízes interamericanos, há uma obrigação dos Estados na proteção das pessoas com deficiência mental que corresponde a um “dever estatal de assegurar seu acesso a serviços de saúde básicos; à promoção da saúde mental; à prestação de serviços dessa natureza que sejam o menos restritivo possível; e à prevenção das deficiências mentais” (§ 128). O tribunal regional afirmou, ainda, que o uso de sujeição, em respeito à integridade psíquica, física e moral das pessoas, deve ser empregado em “último recurso e unicamente com a finalidade de proteger o paciente ou o pessoal médico e terceiros, quando o comportamento da pessoa em questão seja tal que esta represente uma ameaça à segurança daqueles” (§ 134).

Outros exemplos dessa abordagem indireta envolvem os mais diversos temas, como saúde indígena²¹², imperícia médica²¹³, saúde sexual e reprodutiva²¹⁴, saúde no ambiente prisional²¹⁵, etc. Por outro lado, com o emblemático caso *Poblete Vilches e outros v. Chile* (2018), a Corte passou a enfrentar, de maneira direta e não mais tangencial, o tema da prestação de serviço de saúde.

Em suas razões de decidir, ela delimitou obrigações estatais envolvendo situações de urgências médicas, tendo reforçado o dever de regulação pelos Estados na prestação de serviços de saúde (§ 119), definido padrões mínimos de qualidade, acessibilidade, disponibilidade e aceitabilidade (§ 121), determinado a garantia de um tratamento igualitário a todas as pessoas que acessem os serviços, sem qualquer tipo de discriminação e mediante a criação de condições de igualdade real para grupos excluídos ou discriminados (§§ 122 e 123) e insistido na obrigação estatal de supervisão e fiscalização dos serviços executados (§ 124). Foram consolidados, ainda, parâmetros associados à saúde das pessoas idosas (§§ 127, 130 e 131).

Desde então, outros julgados intensificaram os estândares sobre a temática do serviço público de saúde, destacando-se os casos *Cuscul Pivaral e outros v. Guatemala* (2018) e

²¹² No caso *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai* (2006), a Corte IDH apreciou a questão da saúde indígena sob a ótica do direito à vida. Foi ressaltado que, malgrado o Estado processado possuísse legislação interna assegurando o atendimento gratuito dos indígenas em estabelecimentos de saúde, havia necessidade de uma postura governamental ativa que garantisse a plena efetividade dos direitos previstos na Convenção (§ 167). Diante disso, a Corte determinou que o Estado providenciasse, de maneira imediata, regular e permanente, o atendimento médico a todos os membros da comunidade, especialmente meninos, meninas, idosos e mulheres, com campanhas periódicas de vacinação e desparasitação que respeitassem os usos e costumes tradicionais daquele povo (§ 230).

²¹³ No caso *Albán Cornejo e outros v. Equador* (2007), a Corte regional, além de reiterar a obrigação de supervisão e fiscalização estatal no âmbito da prestação de serviços de saúde por entidades públicas ou privadas (§ 119), encareceu a necessidade de os Estados adotarem medidas para prevenir e punir as ocorrências de imperícia médica, aduzindo que estas podem ser enquadradas nos tipos penais de lesão corporal ou homicídio, sendo dispensável a criação de figuras delitivas específicas (§ 135 e § 136).

²¹⁴ Em deliberação do caso *Artavia Murillo e outros (“Fecundação In Vitro”) v. Costa Rica* (2012), o tribunal consolidou premissas relevantes sobre direitos sexuais e reprodutivos, estabelecendo uma relação entre o direito à vida privada e à liberdade reprodutiva e o acesso à tecnologia médica necessária para o exercício desse direito (§ 150). Além disso, refletiu que o embrião não pode ser entendido como pessoa para os efeitos do dispositivo da Convenção que trata da proteção do direito à vida – a qual, conforme assinalado pela Corte IDH, não é absoluta, mas “gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral” (§ 264). Já no precedente *I.V. v. Bolívia* (2016), a Corte asseverou que a saúde é parte integrante do direito à integridade pessoal, contemplando não só o acesso a serviços, mas também a liberdade de cada indivíduo de controlar seu próprio corpo e de estar livre de interferências indevida, como não ser submetido à tortura ou a tratamentos e experimentos médicos não consensuais, como é o caso da esterilização compulsória (§ 155).

²¹⁵ Ao julgar o caso *Chinchilla Sandoval v. Guatemala* (2016), versando sobre a morte de mulher diabética que estava recolhida em estabelecimento prisional, a Corte IDH repisou seu entendimento de que os Estados ostentam posição especial de garante em relação às pessoas privadas de liberdade (§ 168), o que lhes outorga a obrigação de garantir a saúde dos detentos, especificamente por meio da prestação de exames médicos regulares e, quando necessário, de tratamento médico adequado, oportuno e, sendo o caso, especializado e de acordo com as necessidades especiais de cuidados exigidas pelas pessoas detidas em questão (§ 171).

Hernández v. Argentina (2019), que forneceram diretrizes específicas para o tratamento de pandemias – respectivamente HIV e tuberculose.

Como exemplo de parâmetros relacionados à delimitação do reconhecimento, promoção, fomento e reparação de direitos, que exigem a reorganização administrativa e/ou uma atuação estatal em determinado sentido, pode-se mencionar o precedente Olmedo Bustos e outros v. Chile (“A Última Tentação de Cristo”) (2001), o qual ficou conhecido por determinar a modificação da Constituição chilena. Independentemente da matéria constitucional, o caso impactou diretamente na configuração da Administração Pública daquele Estado, pois, na prática, ensejou a extinção de um órgão público: o *Consejo de Calificación Cinematográfica*²¹⁶, que era autorizado a censurar conteúdos cinematográficos e cuja atribuição, portanto, acarretava o desrespeito à liberdade de expressão (COVILLA MARTÍNEZ, 2019).

Demais disso, no caso Claude Reyes v. Chile (2006), a Corte IDH definiu diretrizes relacionadas à transparência da Administração Pública e à garantia de um processo administrativo adequado para fins de acesso à informação. O referido caso teve por pano de fundo a negativa do *Comité de Inversion Extranjera*²¹⁷ em disponibilizar informações requeridas por cidadãos acerca de atividades desenvolvidas por empresa privada e que poderiam gerar consequência prejudiciais ao meio ambiente.

Examinando o direito à liberdade de pensamento e de expressão previsto no artigo 13 da CADH, a Corte teceu notáveis considerações acerca dos princípios da publicidade e transparência da gestão pública e do controle social realizado pelos administrados, como se verifica abaixo:

a atuação do Estado deve estar regida pelos princípios de publicidade e transparência na gestão pública, o que faz possível que as pessoas que se encontram sob sua jurisdição exerçam o controle democrático da gestão estatal, de forma tal que possam questionar, indagar e considerar se está sendo realizado um adequado cumprimento das funções públicas. O acesso à informação sob controle do Estado, que seja de interesse público, pode permitir a participação na gestão pública, através do controle social que se pode exercer com este acesso. [...] O controle democrático, por parte da sociedade através da opinião pública, fomenta a transparência das atividades estatais e promove a responsabilidade dos funcionários sobre sua gestão pública (§§ 86 e 87).

A Corte reconheceu, ainda, a possibilidade de o Estado impor restrições ao direito de acesso à informação, ressalvando que estas devem ser fixadas por lei em sentido estrito (§ 89) e exclusivamente para assegurar os valores previstos no artigo 13.2 da Convenção, quais sejam: o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou a proteção da segurança nacional,

²¹⁶ Conselho de Classificação de Filmes (tradução livre).

²¹⁷ Comitê de Investimento de Estrangeiro (tradução livre).

da ordem pública ou da saúde ou da moral públicas (§ 90). Ademais, advertiu que tais restrições somente se legitimam se forem estritamente necessárias, em uma sociedade democrática, para satisfazer a um interesse público²¹⁸ imperativo e se forem proporcionais, isto é, aptas a promover tal interesse e interferindo da menor forma possível no exercício do direito (§ 91).

Vale mencionar que, no julgamento daquele caso, a Corte reforçou que o artigo 8 da CADH, o qual contempla as garantias do devido processo legal, deve ser observada nos vários “procedimentos em que os órgãos estatais adotam decisões sobre a determinação dos direitos das pessoas, já que o Estado também concede a autoridades administrativas, colegiadas ou unipessoais, a função de adotar decisões que determinam direitos” (§ 118), constatando que, naquela situação concreta, o agente público encarregado de decidir sobre o pedido de informação não adotou decisão escrita devidamente fundamentada apta a legitimar uma restrição ao direito de acesso à informação (§ 122).

Também no campo da supervisão e fiscalização de atividades públicas e privadas, a Corte IDH impõe padrões a serem respeitados pela Administração Pública para assegurar a efetivação dos direitos humanos fundamentais. Como exemplo, tem-se a recente sentença do caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares v. Brasil* (2020), que, entre outros aspectos, tratou do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho.²¹⁹

Naquela decisão, a Corte realizou diálogo com o sistema universal de direitos humanos e apontou a necessidade de os Estados adotarem uma política nacional para prevenir os acidentes e danos à saúde mediante a redução ao mínimo dos riscos no ambiente de trabalho (§ 168). Concluiu, por conseguinte, que apesar de o Brasil ter cumprido seu dever de regulamentar a atividade desenvolvida na fábrica de fogos, falhou no exercício do controle e da fiscalização das condições de trabalho, frisando que, naquele caso, as relações de trabalho exigiam supervisão estatal rigorosa por envolverem o exercício de atividades perigosas (§ 176).

De outra parte, por meio da Opinião Consultiva OC 23/17, o tribunal regional definiu as obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos

²¹⁸ Salienta-se que, na Opinião Consultiva OC 05/85, a Corte entendeu que a ideia de “bem comum”, no contexto da CADH, deve ser entendida “como um conceito referente às condições da vida social que permite aos integrantes da sociedade alcançar o maior grau de desenvolvimento pessoal e a maior vigência dos valores democráticos. Nesse sentido, é possível considerar como um imperativo do bem comum, a organização da vida social de forma que se fortaleça o funcionamento das instituições democráticas e se preserve e promova a plena realização dos direitos da pessoa humana” (§ 66).

²¹⁹ O processo envolveu a explosão de fábrica de fogos de artifício, ocorrida na cidade de Santo Antônio de Jesus em 11 de dezembro de 1998, ocasião em que sessenta e quatro trabalhadores morreram e seis sobreviveram com ferimentos, inclusive crianças. Entre os direitos violados, sobressai o direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias, uma vez que as vítimas desempenhavam suas atividades em condições de precariedade e insalubridade e sem os padrões mínimos de segurança que permitissem a prevenção de acidentes de trabalho.

à vida e à integridade pessoal, que exigem a atuação do Poder Público em diferentes frentes. Nessa conjectura de ideias, elencou as medidas que os Estados devem adotar para prevenção do meio ambiente, quais sejam: (i) regular; (ii) supervisionar e fiscalizar; (iii) requerer e aprovar estudos de impacto ambiental; (iv) estabelecer um plano de contingência; e (v) mitigar em casos de ocorrência de dano ambiental (§ 145), todas elas guardando forte relação com a atividade fiscalizatória desempenhada pelos órgãos administrativos de defesa do meio ambiente, como é o caso do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis e das secretarias municipais e estaduais que atuam na temática.

Sobre o dever específico de supervisão e fiscalização, a Corte IDH invocou precedente da Corte Internacional de Justiça e indicou que o controle estatal não se esgota com a realização do estudo de impacto ambiental, mas engloba um dever de monitoramento contínuo dos efeitos de um projeto ou atividade no meio ambiente (§ 153). Sendo assim, afirmou que

os Estados têm um dever de supervisionar e fiscalizar atividades, baixo sua jurisdição, que possam produzir um dano significativo ao meio ambiente. Portanto, os Estados devem desenvolver e pôr em prática mecanismos adequados e independentes de superintendência e prestação de contas. Estes mecanismos não só devem incluir medidas preventivas, senão também aquelas apropriadas para pesquisar, sancionar e consertar possíveis abusos, mediante políticas adequadas, atividades de regulamentação e submetimento à justiça. O nível intensidade necessário na superintendência e fiscalização dependerá do nível de risco que entranhe a atividade ou conduta (§ 154).

Por fim, a jurisprudência interamericana também estabelece alguns estândares associados à atuação do Estado-Administrativo frente às demandas de grupos vulnerabilizados. Por exemplo, no contexto dos direitos indígenas, a Corte Interamericana proferiu diversas sentenças abordando o dever de demarcação e titulação de terras indígenas dentro de um prazo razoável, cujas premissas são imprescindíveis para nortear a atuação de órgãos especializados da Administração Pública brasileira, como é o caso da Fundação Nacional do Índio.

Assim, tomando como exemplo o caso *Povo Indígena Xucuru e seus membros v. Brasil* (2018)²²⁰, a Corte asseverou que os direitos territoriais dos povos indígenas devem ser materializados mediante a adoção das medidas legislativas e administrativas necessárias para a criação de um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação, ou seja, através da concessão de um título de propriedade formal – ou outra forma similar de reconhecimento estatal – que ofereça segurança jurídica à posse indígena frente à ação de terceiros (§ 119). Foi apontada, ainda, a necessidade de se conferir prazo razoável e efetividade aos processos

²²⁰ Vale analisar, também, os casos *Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua* (2001) e *Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai* (2005).

administrativos relacionados à promoção desses direitos territoriais, em cumprimento às garantias do devido processo previstas na CADH (§ 130).

Ainda dentro desse contexto, igualmente ganha relevância o dever de consulta aos povos indígenas e tribais sobre todas as medidas estatais que possam afetá-los diretamente, inclusive no âmbito da atividade administrativa, com base no artigo 6º, 1, “a”, da Convenção 169 da OIT. A consulta às comunidades tradicionais deve ser prévia, bem informada, culturalmente situada e tendente a chegar a um acordo ou consentimento. Não há vinculação do resultado ao processo decisório do Estado, exceto quando a medida analisada afete com exclusividade os interesses da minoria étnica, situação em que o voto será de natureza absoluta (DUPRAT, 2014). A Corte IDH já reconheceu essas premissas em mais de uma oportunidade²²¹, tendo esclarecido, no precedente Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador (2012), que:

Isso implica o dever de organizar, adequadamente, todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas mediante as quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos. O acima exposto implica a obrigação de estruturar as normas e instituições de modo que a consulta às comunidades indígenas, autóctones, nativas, ou tribais, possa ser realizada, efetivamente, em conformidade com as normas internacionais na matéria. Desse modo, os Estados devem incorporar essas normas aos processos de consulta prévia, de maneira a gerar canais de diálogos sustentados, efetivos e confiáveis com os povos indígenas nos procedimentos de consulta e participação por meio de suas instituições representativas (§ 166).

No mesmo julgado, a Corte ressaltou que os direitos de consulta e participação devem ser assegurados pelo Estado em todas as fases de planejamento e desenvolvimento de um projeto que possa afetar o território sobre o qual está estabelecida uma comunidade tradicional, contemplando, inclusive, as primeiras etapas da elaboração e planejamento da medida proposta, de maneira que se possa realmente influir no processo de tomada de decisões (§ 167).

Além desses exemplos relacionados às comunidades indígenas, a Corte IDH igualmente possui expressivo acervo jurisprudencial sobre a proteção de outras minorias, cujos fundamentos impactam, em alguma medida, a atividade administrativa exercida pelo Estado.

Nesse sentido, na Opinião Consultiva OC 24/17, a Corte IDH consignou que a aceitação da identidade de gênero pelo Estado é pressuposto para a garantia do pleno exercício de direitos pela população *trans* (§ 98). Associando tal premissa à personalidade jurídica e ao direito ao nome, foi realçado que o direito de reconhecimento da identidade de gênero implica que os dados dos registros e documentos de identidade correspondam à identidade sexual e de gênero assumida pelas pessoas transgêneros (§ 112). Logo, segundo o tribunal, o procedimento

²²¹ Cf. os casos Povo Saramaka v. Suriname (2007) e Comunidade Garífuna de Punta Pedra e seus membros v. Honduras (2015).

de mudança de nome, adequação da imagem e retificação à menção do sexo ou gênero corresponde a um direito protegido pela CADH e deve ser assegurado e regulado pelos Estados (§ 116), podendo ser operacionalizado nos âmbitos administrativo e judicial, seguindo os parâmetros específicos definidos pela Corte (§ 160).

A Corte IDH já forneceu inúmeras orientações sobre a atuação do Estado Administrador perante pessoas em situação de migração ou refúgio, abordando questões como prestação de serviço médico, necessidade de detenção em local separado, observância das prerrogativas do devido processo pelos órgãos administrativos e garantias relacionadas aos procedimentos de expulsão e deportação. A título de exemplo, na jurisdição consultiva, tem-se as Opiniões Consultivas OC 16/99, OC 18/03, OC 21/14 e OC 25/18; e, na jurisdição contenciosa, os casos *Tibi v. Equador* (2004), *Crianças Yean e Bosico v. República Dominicana* (2005) e *Família Pacheco Tineo v. Bolívia* (2013).

Em sede conclusiva, o tribunal regional igualmente definiu, em variados precedentes – de que são exemplos os casos *Loayza Tamayo v. Peru* (1997), *Tibi v. Equador* (2004), *Instituto de Reeducação do Menor v. Paraguai* (2004) e *Vélez Looor v. Panamá* (2010) – parâmetros relacionados às condições de detenção das pessoas privadas de liberdade, abordando temas como superlotação carcerária, aspectos sanitários e de higiene, separação de presos e uso de força, os quais demandam a atenção da Administração Pública.

6 CONCLUSÃO

Como visto, a atividade administrativa, inicialmente engendrada sob as premissas da autoridade, do poder de império e do distanciamento das reivindicações sociais, vem sendo gradativamente reformulada nas últimas décadas a partir dos processos denominados no presente trabalho de constitucionalização, socialização, democratização e convencionalização, que têm permitido uma aproximação cada vez maior entre a Administração Pública e a proteção dos direitos humanos fundamentais.

O fenômeno da constitucionalização do direito implicou uma ressignificação de antigos conceitos e institutos presentes na atividade administrativa. Os principais paradigmas do Direito Administrativo foram adaptados ao sistema constitucional de direitos fundamentais, destacando-se a transformação da legalidade em juridicidade administrativa, a limitação da discricionariedade, a ampliação do controle jurisdicional e uma nova compreensão do conceito de interesse público a partir da imbricação dos direitos individuais e coletivos positivados na ordem constitucional.

Por outro lado, com a ascensão do Estado Social, a Administração Pública ampliou suas funções para atender às novas demandas concebidas pelo reconhecimento dos direitos econômicos e sociais. No cenário brasileiro, a Constituição de 1988 conferiu protagonismo ao Estado-Administrador na inserção social dos cidadãos, na redução das desigualdades e no desenvolvimento humano. Nesse panorama, independentemente das alterações mais recentes promovidas pela reforma gerencial, constata-se que o atual projeto constitucional outorga à Administração Pública uma responsabilidade primária e progressiva na efetivação desses direitos.

O fortalecimento do Estado Democrático de Direito, por sua vez, passou a demandar novas plataformas de participação popular na função administrativa, nos aspectos de gestão, controle e cooperação procedimental, ao mesmo tempo em que a busca por soluções estatais passou a ser orientada pelo primado da concertação. Como consequência, a Administração Pública se transformou em ambiente propício para o desenvolvimento de uma relação integradora com os movimentos sociais, vocacionada ao atendimento de suas pautas emancipatórias em prol da salvaguarda dos direitos humanos fundamentais.

Mais recentemente, em razão dos impactos da era da governança multinível e da internacionalização dos direitos humanos, a Administração Pública tem sido instada a se adequar, também, aos parâmetros de proteção de direitos humanos definidos pelos organismos

internacionais, os quais passaram a exercer cada vez maior influência sobre a regulação social dos Estados. Nesse panorama, constata-se que as intensas relações entre o ordenamento jurídico interno e o direito internacional dos direitos humanos não podem mais ser lidas sob a ótica das teorias clássicas do monismo e do dualismo.

Sob o marco do Estado Constitucional Convencionalizado, verifica-se que as premissas construídas por Kelsen e Triepel, exaustivamente remodeladas ao longo dos anos na tentativa de continuar acomodando as relações entre o direito interno e o direito internacional, devem ser abandonadas. O sistema de tutela multinível de direitos humanos, característico do processo de convencionalização do Estado Constitucional, não comporta mais os rótulos do monismo e do dualismo.

A ideia enferrujada de que as esferas jurídicas nacionais e internacionais jamais se sobreporiam não possui respaldo na cena atual, em que os diversos atores responsáveis pela interpretação e aplicação do direito, situados em diferentes *loci* no panorama global, se deparam com os mesmos problemas e compartilham de uma mesma missão: a tutela intransigente dos direitos humanos. De igual forma, a pretensão anacrônica de se reconhecer uma “ordem jurídica superior” que a tudo coordena e que requer um espaço hierarquicamente organizado para subsistir é incompatível com as simultâneas reivindicações de legitimidade e autoridade das múltiplas ordens jurídicas que coexistem, além de não contribuir em nada com a salvaguarda do ser humano.

A concepção de Estado-nação que predominou no início do século XX e que justificou as multicitadas propostas teóricas não é a mesma da globalização contemporânea. As tímidas manifestações do direito internacional evoluíram para um arcabouço complexo de normas e instituições supranacionais que se convertem num amplo guarda-chuva para complementar a proteção dos indivíduos e projetar a cidadania nos níveis regional e global. Ao mesmo tempo, as próprias ordens constitucionais se abriram para as instâncias internacionais a partir de cláusulas específicas e meticulosamente construídas.

Assim, o fenômeno de retroalimentação entre o direito interno e o direito internacional torna sem sentido a separação dos direitos em diferentes categorias – “humanos” e “fundamentais” –, do mesmo modo em que torna inútil o estabelecimento de critérios de hierarquia que não levam em conta o aspecto substantivo das normas e que não aproximam os intérpretes e aplicadores do direito na busca pela melhor solução das controvérsias.

No marco do Estado Constitucional Convencionalizado, que se caracteriza pelo pluralismo, pela necessidade do diálogo e pela cooperação em favor da máxima efetivação da dignidade humana, todas as ordens jurídicas – estatais, regionais e internacionais – são instadas

a participar de um amplo processo dialógico, que parte da premissa da importância e igual legitimidade de cada uma delas e cujo resultado final não se contenta senão com a melhor via possível de proteção do ser humano. E é precisamente a partir dessa constatação – e tendo como referencial uma concepção pluralista da Constituição da República de 1988 e a decisão do Estado Brasileiro de aderir ao SIDH – que o controle de convencionalidade se apresenta como técnica essencial ao diálogo e à incorporação dos parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos fundamentais.

A idealização do controle de convencionalidade emergiu a partir de reflexões do juiz interamericano Sergio Garcia Ramírez sobre a responsabilidade unitária do Estado, em voto apresentado no caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (2003). Anos depois, a técnica foi assimilada pela Corte IDH por meio do julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006), em que se reconheceu a obrigação dos juízes nacionais em analisar, de modo difuso, a (in)compatibilidade das normas jurídicas domésticas em relação ao sistema interamericano.

Após sucessivos avanços identificados nos casos *Aguado Afaro e outros v. Peru* (“Trabalhadores Demitidos do Congresso”) (2006), *Vélez Loor v. Panamá* (2010), *Cabrera García e Montiel Flores v. México* (2010) e, finalmente, *Gelman v. Uruguai* (2011), a Corte de San José estendeu a mencionada obrigação para todos agentes públicos, o que demanda a adoção de medidas preventivas, reparadoras ou repressivas por todos os poderes dos Estados para harmonizar seu ordenamento jurídico interno em conformidade com as obrigações assumidas internacionalmente para tutela dos direitos humanos.

Da mesma forma, a partir da resolução de supervisão de cumprimento de sentença referente ao caso *Gelman v. Uruguai* (2013) e das ponderações formuladas pelo juiz interamericano Mac-Gregor em seus votos, constata-se o reconhecimento de um efeito irradiador obrigatório no controle de convencionalidade realizado de forma concentrada pela Corte IDH. Por conseguinte, os Estados partes da CADH devem adequar todos os seus atos jurídicos internos (judiciais, administrativos, legislativos e políticos) ao sistema interamericano, considerando as diretrizes e precedentes do tribunal regional, mesmo que não tenham participado do processo internacional em que foi firmada determinada jurisprudência, com o objetivo de assegurar a tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais.

Considerando o profundo contato estabelecido entre a Administração Pública e a proteção dos direitos humanos fundamentais, bem como as ponderações realizadas pela Corte IDH em sua jurisprudência, identifica-se no controle de convencionalidade uma técnica

primordial para a implementação dos direitos assegurados em instrumentos internacionais, no âmbito das relações administrativas.

O exercício do controle de convencionalidade pelos agentes públicos encontra respaldo, essencialmente, em dois fundamentos: (i) sob a perspectiva internacional, na natureza unitária da responsabilidade internacional do Estado, que se mostra indiferente à repartição de competências consagrada no ordenamento doméstico, notadamente quanto às funções estatais (administrativa, legislativa e jurisdicional); e (ii) sob o prisma do direito interno, no poder-dever de autotutela administrativa e na reformulação do princípio da legalidade (ou juridicidade), de matriz constitucional, que passou a abranger o dever de conformidade da atuação administrativa com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.

No que se refere às diretrizes para a aplicação da referida técnica, constata-se que o exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública possui, de modo imediato, a finalidade de assegurar a proteção dos direitos humanos fundamentais em conformidade com os parâmetros definidos pelo *corpus juris* interamericano. Suas finalidades mediatas são, respectivamente, promover a integração entre o direito interno e o direito internacional e evitar a responsabilização internacional do Estado.

O critério para operacionalização do controle de convencionalidade é material – e não formal –, seguindo a lógica do princípio *pro persona* consagrado no artigo 29 da CADH. Desse modo, demanda do agente público a escolha da norma ou opção hermenêutica que seja mais favorável para a efetivação de um direito, isto é, a que seja mais protetiva ou menos restritiva entre aquelas disponíveis.

Quanto às formas de exercício, o referido controle deve ser realizado, inicialmente, em sua modalidade construtiva, ou seja, a partir da interpretação da norma a ser aplicada no caso concreto em conformidade com o direito convencional. Apenas caso tal modalidade não seja suficiente para a adequação aos parâmetros interamericanos é que os agentes públicos devem desenvolver o controle repressivo, afastando, no caso concreto, a aplicação de uma norma jurídica doméstica que contraria a CADH e a jurisprudência regional.

O paradigma do controle de convencionalidade não se limita na CADH, mas abrange todo o “bloco de convencionalidade”, que compreende seus protocolos facultativos e também os pronunciamentos da Corte IDH, em jurisdição contenciosa ou consultiva. Na hipótese de inexistência de parâmetros vinculativos definidos na jurisprudência interamericana, o agente deve desenvolver uma interpretação razoável e adequada do texto convencional, a qual pode ser eventualmente corrigida pela Corte no âmbito internacional. Já em relação ao alcance, o controle difuso desenvolvido em sede administrativa envolve todas as normas jurídicas

internas, independentemente da espécie, hierarquia e origem, o que inclui as normas constitucionais.

Dadas as peculiaridades da atividade administrativa, sustenta-se que o controle de convencionalidade deve ser utilizado mediante motivação escrita em processo administrativo, de modo a viabilizar a fiscalização da decisão e resguardar o agente de eventuais perseguições e sanções. Os efeitos, nessa conjectura de ideias, são *inter partes*, embora se admita a extensão de efeitos *erga omnes* para situações idênticas no caso de publicação de atos normativos gerais e abstratos pela Administração Pública.

Além disso, observa-se a necessidade de participação da Advocacia Pública no processo, tendo em conta seu papel de contenção jurídica da atividade estatal. Dessa forma, assegura-se que o controle de convencionalidade pelos atores administrativos tenha respaldo técnico-jurídico, o que permite o aperfeiçoamento da motivação do ato, inclusive para fins de futura judicialização, uma vez que, na engenharia institucional brasileira, o Poder Judiciário é o responsável por dar a última palavra, com força de coisa julgada, sobre a aplicação de direitos.

Em paralelo realizado com o controle de constitucionalidade, é possível antecipar algumas críticas que podem surgir na doutrina e jurisprudência brasileira acerca da utilização do controle de convencionalidade pela Administração Pública. Entretanto, após enfrentados os prováveis argumentos e realizadas as respectivas distinções entre os dois institutos jurídicos, não se observa nenhum fundamento específico que inviabilize a tese objeto do presente estudo, sobretudo considerando que o controle de convencionalidade é originado do fluxo normativo internacional e que possui amparo na jurisprudência da Corte IDH.

Sendo assim, verifica-se que o controle de convencionalidade em sede administrativa: (i) não encontra óbice no princípio da legalidade, mas antes é legitimado por este, considerando a necessidade de vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico com um tudo, o que inclui as diretrizes de proteção dos direitos humanos emanadas pelo SIDH; (ii) contribui no contexto do sistema de freios e contrapesos e não retira do Judiciário doméstico – ou mesmo da Corte IDH – a possibilidade de reanálise do tema em grau definitivo; (iii) é derivado do artigo 2 da CADH, que exige dos Estados partes um compromisso de adaptação contínua de seus ordenamentos jurídicos e, por conseguinte, não consagra qualquer premissa de “presunção de convencionalidade” das leis internas; (iv) não precisa ser autorizado expressamente pela Constituição de 1988, tendo em vista que resulta de fluxo normativo distinto (o internacional) e é respaldado pela Corte IDH enquanto intérprete autêntica do direito interamericano.

Como se não bastasse, o dito controle: (v) coexiste com a prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de vetar projetos de lei, porquanto esta se dá no plano abstrato e não contempla

as situações concretas em que os agentes públicos devem realizar a conformação do ato jurídico com o *corpus juris* interamericano; (vi) é indiferente à ampliação do rol de legitimados para deflagrar processo de controle abstrato de constitucionalidade das leis promovida pela Constituição de 1988, pois se tratam de institutos distintos; (vii) está em consonância com as cláusulas constitucionais de integração ao direito internacional dos direitos humanos; e (viii) não pode ser utilizado para legitimar práticas abusivas pelo Estado, uma vez que, por sua própria natureza, somente é exercido para proteger os direitos humanos, mediante o critério *pro persona*, sendo os riscos atenuados em razão da vinculação aos parâmetros definidos pela Corte IDH, da participação da Advocacia Pública, da tomada de decisão em processo administrativo e da possibilidade de controle judicial posterior.

Por fim, percebe-se que os pronunciamentos Corte IDH impactam consideravelmente a atuação da Administração Pública direta e indireta, exigindo a alteração na organização administrativa, a concessão de características especiais à atuação pública e o exercício de competências estatais em determinado sentido. Por conseguinte, a Corte já definiu inúmeros parâmetros que podem ser incorporados pelo controle de convencionalidade realizado pela Administração Pública, em ao menos seis áreas: no exercício dos poderes administrativos (disciplinar, discricionário, de polícia, normativo, etc.), nos trâmites dos processos administrativos, na prestação de serviços públicos, na forma de reconhecimento, promoção fomento e reparação de direitos, na fiscalização de atividades públicas e privadas e na relação entre o Estado-Administrador e grupos vulnerabilizados.

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor. Autonomía y subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. In: GARAVITO RODRÍGUEZ, César (Coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011. p. 211-230.

ABRAMOVICH, Víctor. From massive violations to structural patterns: new approaches and classic tensions in the Inter-American Human Rights System. **SUR – International Journal on Human Rights**, v. 6, n. 11, p. 7-37, dez. 2009.

ADAM, Ana Paula. BÓS E SILVA, Débora. LEONETTI, Paola. Direitos humanos no Brasil: limites e possibilidades para a eficácia das sentenças prolatadas pela CIDH. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, a. 1, n. 2, p. 4-60, jul./dez. 2013.

ALDAO, Martín. CLÉRICO, Laura. El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables. In: MORALES ANTONIAZZI, Mariela. CLÉRICO, Laura (Coord.). **Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. p. 335-362.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, Ano 15. n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. MOUTINHO, Sanzer Caldas. ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. O juiz brasileiro e o dever de realizar o controle de convencionalidade. **Revista Direitos Humanos em Perspectiva**, Santa Catarina, v. 7, n. 1, p. 80-100, jan./jul. 2021.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latino-americana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitário de Investigação Ortega e Gasset, Madrid, 2015.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In: MEZZETTI, Luca. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coord.). **A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2015. p. 253-286.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 1, p. 15-60, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Administração Pública pluricêntrica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 227, p. 131-150, jan./mar. 2002.

ARANGO, Rodolfo. Constitucionalismo social latinoamericano y derecho a la salud. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales. CLÉRICO, Laura (coord.). **Interamericanización del derecho a la salud**: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. p. 27-52.

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights. **European Journal of International Law (EJIL)**, Oxford, v. 28, n. 3, p. 819-843, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 57-70, abr./jun. 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O neocolonialismo e o Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009.

BARBOSA, Pedro Henrique de Faria. LORETO, Sylvio. O controle de convencionalidade na relação intersistêmica entre o sistema interamericano de direitos humanos e os sistemas nacionais de direitos humanos. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, a. 7, n. 13, p. 106-128, jan./jun. 2019.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. 5. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 5-37, jul./set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(Syn)Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Poder Executivo – Lei inconstitucional – Descumprimento. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 181/182, p. 387-414, jul./dez. 1990

BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, Ano 14, n. 1, p. 13-61, jan./jun. 2014.

BAZÁN, Victor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015a.

BAZÁN, Víctor. Estado Constitucional y Convencional y protección de derechos humanos: control de convencionalidad y diálogo jurisdiccional. **Revista Temas Socio Jurídicos**, Bucaramanga v. 36, n. 72, p. 13-37, jan/jun. 2017.

BAZÁN, Víctor. Un desafío fundamental para el sistema interamericano de derechos humanos: la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. **Revista Europea de Derechos Fundamentales**, Valencia, v. 25, p. 61-98, 1º sem. 2015b.

BEAULAC, Stéphane. The Rule of Law in International Law today. In: PALOMBELLA, G.; WALKER, Neil. (Eds.). **Relocating the Rule of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2009. p. 197-223.

BESSON, Samantha. The erga omnes effect of judgments of the european court of human rights: What's in a name? In: BESSON, Samantha (ed.), **The European Court of Human Rights after Protocol 14: Preliminary Assessment and Perspectives**. Zúrich: Schulthess, 2011. p. 125-175.

BINDER, Christina. SCHOBESBERGER, Thomas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales: ¿nuevas tendencias en la jurisprudencia? In: ANTONIAZZI, Mariela Morales. CLÉRICO, Laura (coord.). **Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019. p. 209-239.

BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017a.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017b.

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, a. 8, n. 31, out./dez. 2010.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 27-63, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDANDY, Armin von. Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales. In: CAPALDO, Griselda. SIECKMANN, Jan. CLÁRICO, Laura. **Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional**. Buenos Aires: Eudeba, 2012. p. 21-40.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin von. MORALES ANTONIAZZI, Mariela. MAC-

GREGOR, Eduardo Ferrer. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 137-177.

BOGDANDY, Armin von. URUEÑA, René. International Transformative Constitutionalism in Latin America. **The American Journal of International Law**, Cambridge, v. 4, n. 3, p. 403-442, jul. 2020.

BOLAÑOS SALAZAR, Elard Ricardo. ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa? **Administración Pública & Control**, Lima, v. 27, p. 66-72, 2016.

BORGES, Bruno Barbosa. PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 50, n. 1, p. 112-116, jan./mar. 2010.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. Diálogos interjudiciais: a obrigatoriedade de seu desenvolvimento no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 14, n. 1, e30919, jan./abr. 2019.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. O papel da alteridade no âmbito da teoria do transconstitucionalismo: o respeito à identidade cultural como forma de estabelecimento de uma cooperação em matéria de direitos humanos. **Revista Argumentum**, Marília, v. 18, n. 2, p. 363-385, mai./ago. 2017.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. FIGUEIREDO, Marcelo. GERBER, Kostantin. **Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 3-24.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. The role of human rights in the process of constitutionalization of international law. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 25, n. 1, p. 235-252, jan. /abr. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul./dez. 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Derechos de solidaridad. In: CRUZ, Rodolfo Cerdas. LOAIZA, Rafael Nieto (Coord.). **Estudios Básicos de Derechos Humanos I**. San José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. p. 63-73.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: A. P. Cachapuz Medeiros (Org.) **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: Funag, 2007. p. 207-321.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. **Rev. Bras. Polít. Int.**, Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, jun. 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, n. 36, p. 27-76, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2003.

CARLOS, Euzeneia. Movimentos sociais e sistema político nas teorias dos movimentos sociais. **Interseções**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 15-53, jun. 2015.

CASINI, Lorenzo. Além do Estado: o surgimento da administração global. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 13-39, set./dez. 2014

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH**, Costa Rica, n. 64, p. 87-126, jul./dez. 2016.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. **Revista de Derecho Público**, Santiago de Chile, v. 84, p. 13-43, 1º sem. 2016.

CLAES, Monica. VISSER, Maartje de. Are you networked yet? On dialogues in European judicial networks. **Utrecht Law Review**, v. 8, n. 2, p. 103-114, 2012.

CLÉRICO, Laura. El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 46, p. 57-83, mai./ago. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 385-393.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 96-108.

COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. Democracia, derechos humanos y Administración Pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder. **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 299-307.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. 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: COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Org.). **Reflexões sobre a Constituição**: uma homenagem da advocacia brasileira. São Paulo: Leya, 2013. p. 200-230.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232, p. 363, jun. 2014.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. FARACO, Marina. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. SCHIER, Paulo Ricardo. LORENZETTO, Bruno Meneses (Coord.). **Jurisdição constitucional em perspectiva**: estudos em comemoração aos 20 anos da Lei 9.868/1999. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Advocacia Pública de Estado e autonomia das funções essenciais à justiça. In: CASTRO, Aldemario Araújo. MACEDO, Rommel (Org.). **Advocacia Pública federal**: afirmação como função essencial à justiça. Brasília: OAB, 2016. p. 83-98.

COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudência interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Participação popular na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.

DOIMO, Ana. **A vez e a voz do popular**: movimentos sociais e participação política no Brasil pós-70. Rio de Janeiro: Relume-Dumaré/Anpocs, 1995.

DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 1, n. 1, p. 51-72, 2014.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. **Revista Ibérica do Direito**, Porto, a. 1, v. 1, n. 1, p. 66-82, jan./abr. 2020.

FACHIN, Melina Girardi. GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. De fora, de cima e de baixo: todos os sentidos da dignidade no discurso dos direitos. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 78-94, jul./dez. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia – 2. Teoría de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FEUILLADE, Milton C. El deber de investigar, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, Ano 10, n. 2, p. 13-75, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In: BOGDANDY, Armin Von, PIOVESAN, Flávia. ANTONIAZZI, Mariela Moraes (Coord.). **Estudios avanzados de derechos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 143-177.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, p. 25-46, maio/ago. 2017.

GABARDO, Emerson. Estado Social e Estado Subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, n. 11, a. 3, p. 283-299, out./dez. 2019.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 1, n. 119-124, p. 46-68, 2013.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. SÁNCHEZ, Julieta Morales. **La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)**. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **Latin American Constitutionalism (1810-2010)**: the Engine Room of the Constitution. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013.

GARLICKI, Lech. Universalism v. Regionalism? The role of the Supranational Dialog. In: ROCA, Javier García. SÁNCHEZ, Pablo Antonio Fernández. MACHETTI, Pablo Santolaya. USERA, Raúl Canosa (Org.). **El dialogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos**. Madrid: Civitas, 2012. p. 27-64.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez, 2001.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais no início do século XXI**. Petrópolis: Vozes, 2015.

GOROBETS, Kostiantyn. The international rule of law and the idea of normative authority. **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 12, p. 227-249, mar. 2020.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 39-72.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. **Revista Jurídica (FURB)**, Blumenau, v. 24, n. 53, e7853, p. 1-32, jan./abr. 2020.

GUSSOLI, Felipe Klein. Dez parâmetros básicos de atuação da Administração Pública segundo os tratados internacionais de direitos humanos. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 46-70, 2019.

GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos tratados internacionais de direitos humanos no Direito Administrativo Brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Gestão pública e a realidade latino-americana. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 42, p. 153-175, out./dez. 2010.

HACHEM, Daniel Wunder. PETHECHUST, Eloi. O direito humano à comunicação prévia e pormenorizada das acusações nos processos administrativos: O desprezo do Superior Tribunal de Justiça ao Pacto de San José da Costa Rica e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. PIVETTA, Saulo Lindorfer. Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, a. 11, n. 130, dez. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HERDEGEN, Mathias. La internacionalización del orden constitucional. In: **Anuario de derecho constitucional latinoamericano año XVI**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2010. p. 71-81.

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 3, p. 10-89, 2013.

KLETZEL, Gabriela. TIMO, Pétalla. CÁRDENAS, Edurne. CHILLIER, Gastón. Democracia y subsidiariedad. In: **Desafíos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: nuevos tiempos, viejos retos**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2015. p. 191-228.

KRISCH, Nico. The Pluralism of Global Administrative Law. **European Journal of International Law (EJIL)**, Oxford, v. 17, n. 1, p. 247-278, 2006.

KRISCH, Nico. KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem internacional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012.

KUMM, Mattias. Constitutional democracy encounters international law: terms of engagement. **Public Law Research Paper**, n. 06-40, 2006.

KUMM, Mattias. Who is the final arbiter of constitutionality in Europe? Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice. **Common Market Law Review**, n. 36, p. 351-386, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana como Tribunal Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEGALE, Siddharta. Advocacia pública e direitos humanos fundamentais: promovendo o diálogo institucional. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 33, Ed. Esp. Conc. Monogr. Juríd. PGE/APERGS – 1a. ed., p. 11-50, 2012.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, a. XLIII, n. 128, p. 761-814, mai./ago. 2020.

LUTZ, Maria Luiza Scherer. TOMÉ DA MATA, Edileny. El pluralismo jurídico: entrelazado de la teoría crítica de los derechos humanos con el constitucionalismo latinoamericano. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, a. XXII, v. 26, n. 1, p. 57-74, jan./jun. 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.).

Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 617-671.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios Constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos.** Cidade de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

MAGALHÃES, Breno Baía. **Pluralismo constitucional interamericano: a leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, Belém, 2015.

MARINO, Tiago Fuchs. CARVALHO, Luciani Coimbra de. 40 anos da Lei da Anistia Brasileira: análise da ADPF 153 e dos casos “Guerrilha do Araguaia” e Vladimir Herzog, sob a perspectiva do transconstitucionalismo e da teoria do duplo controle de direitos humanos. **Revista Jurídica Direito & Paz**, São Paulo, a. XIII, n. 42, p. 309-327, 1º sem. 2020b.

MARINO, Tiago Fuchs. CARVALHO, Luciani Coimbra de. A doutrina da res interpretata no sistema interamericano de direitos humanos: diferenciais, potencialidades e desafios. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, a. 8, n. 16, p. 75-94, jul./dez. 2020a.

MARTINS, Leonardo. MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do poder público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Montevideo, a. XVII, p. 463-483, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais.** Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019b.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELISH, Tara. From Paradox to Subsidiarity: The United States and Human Rights Treaty Bodies. **The Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 34, p. 389-462, 2009.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MONTALVO, Eugeni Gay. El diálogo del Tribunal Constitucional Español con la doctrina de otros Tribunales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 243-275.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús. SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **A Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23-52.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Advocacia Pública de Estado: consciência jurídica da governança pós-moderna. **Revista Brasileira de Advocacia Pública**, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 9-18, jul./dez. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política**: legislativa, administrativa, judicial – fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transadministrativismo: uma apresentação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 67-83, set./dez. 2014.

MORONI ROMERO, Lucas Leonardo. El control administrativo de convencionalidad. **Revista Jurisprudencia Argentina**, Buenos Aires, IV, p. 1336-1341, out./dez. 2013.

NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Revista Lua Nova**, São Paulo, v. 93, p. 201-232, set./dez. 2014.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana. In: BOGDANDY, Armin Von. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. ANTONIAZZI, Mariela Morales. **La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?** (v. 2). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010. p. 717-758.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y corte interamericana de derechos humanos. **ReDCE**, a. 10, n. 19, p. 221-270, jan./jun. 2013a.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio o postulado pro homine o favor persona como estándar en materia de derechos humanos – parte II. **Revista do Curso de Direito UFMA**, São Luís, a. III, n. 6, jul./dez. 2013b.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. **Estudios Constitucionales**, a. 7, n. 2, p. 143-205, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 83-105, jan./jun. 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A extinção de conselhos e fóruns participativos pelo Decreto n. 9.759/19: enfraquecimento da democracia participativa e desdemocratização da Administração federal. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 60-79, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação administrativa. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, p. 167-194, abr./jun. 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

PASTOR, Roberto Viciano. DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2 p. 333-349, 2019.

PÉREZ, Aida Torres. En defensa del pluralismo constitucional. In: ECEIZABARRENA, Juan Ignacio Ugartemendia. BERECIARTU, Gurutz Jáuregui (eds.). **Derecho Constitucional Europeo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 155-187.

PERNICE, Ingolf. **The global dimension of multilevel constitutionalism: a legal response to the challenges of globalization**. WHI Paper 9/08. Berlim: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, 2008.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **Columbia Journal of European Law**, v. 15, n. 3, p. 349-407, 2009.

PIATTONI, Simona. Multi-level governance: a historical and conceptual analysis. **Journal of European Integration**, v. 31, n.2, p. 163-180, 2009.

PINTO, Monica. El principio pro homine. In: **La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Editorial Del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Comissão Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia. LEGALE, Siddharta (orgs.). **Os casos do Brasil na**

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ: Rio de Janeiro, 2020. l. 644-921.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018a.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano. In: BOGDANDY, Armin von. ANTONIAZZI, Mariela Morales. PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina.** Curitiba: Juruá, 2016. p. 75-95.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018b.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho**, v. 21, n. 2, p. 339-353, 1998.

QUEIROZ, Cristina. **Direito internacional e relações internacionais.** Coimbra Editora: Coimbra, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 29, p. 53-63, abr./jun. 2005.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público – Parte II.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RIOS, Flavia. Antirracismo, movimentos sociais e Estado (1985-2016). In: LAVALLE, Adrian Gurza. CARLOS, Euzeneia. DOWBOR, Monika. SZWAKO, José (Org.). **Movimentos sociais e institucionalização:** políticas sociais, raça e gênero no Brasil pós-transição. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2019. p. 255-283.

ROA ROA, Jorge Ernesto. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. **Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPI) Research Paper Series n. 2020-11**, 2020.

ROCA, Javier García. El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (coord.). **Diálogo**

jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. México: Tirant lo Blanch, 2013. p. 219-241.

ROCA, Javier García. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. GISBERT, Rafael Bustos. La Comunicación entre Ambos Sistemas y las Características del Diálogo. In: ROCA, Javier García. SÁNCHEZ, Pablo Antonio Fernández. MACHETTI, Pablo Santolaya. USERA, Raúl Canosa (Org.). (Org.). **El dialogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos.** Madrid: Civitas, 2012. p. 66-107.

RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015.

ROSATO, Cássia Maria. CORREIA, Ludmila Cerqueira. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos.** São Paulo, v. 8, n. 15, p. 93-113, dez. 2011.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional y internacional. In: PALOMIN, José. REMOTTI, José Carlos (coords.). **Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica:** Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional: Lima, 2002.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y los controles legisferante y administrativo de convencionalidad. In: SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La Constitución bajo tensión.** México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016. p. 401-415.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

SALOMONI, Jorge Luis. Impactos de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino. In: SALOMONI, Jorge Luis. BACCELAR FILHO, Romeu Felipe. SESÍN, Domingo Juan (Org.). **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales:** jerarquía, impacto y derechos humanos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

SANTOS, André Leonardo Copetti. SANTOS, Evelyne Freistedt Copetti. BOHN EDLER, Gabriel Otacílio. Democracias em cidades multiculturais: ressignificando os sistemas de tomadas de decisão pública à luz dos direitos humanos das minorias. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 169-209, jan./jun. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia:** os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002a. p. 455-559.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia:** os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002b. p. 39-82.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua Nova**, São Paulo, v. 39, p. 105-124, 1997.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neconstitucionalismo. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005.

SCHILL, Stephan W. Abordagens jurídicas transnacionais sobre direito administrativo: a conceituação dos contratos públicos na globalização. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 13-53, jan./abr. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. DAVID, Thomaz Delgado de. Movimentos sociais, direitos insurgentes e a (im)possibilidade de subversão do caráter reacionário do aparelho jurídico estatal. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 4, n. 9, p. 87-106, set./dez. 2017.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. FERNANDES, Ana Carolina Souza. Sujeitos de direito internacional público: um processo evolutivo de reconhecimento. **Revista Direito & Paz**, São Paulo, Ano X, n. 38, p. 134-153, 1. sem. 2018.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Tratados de direitos humanos e a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. PORCIUNCULA, Marcelo (org.). **A problemática dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa: desafios materiais e eficaciais**. Joaçaba: Editora UNOESC, 2012. p. 179-192.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. MEZZAROBBA, Orides. The principle of the dignity of human person: a reading of the effectiveness of citizenship and human rights through the challenges put forward by globalization. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 273-293, jan./abr. 2018.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A global community of courts. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, v. 44, n. 1, p. 191-219, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito Global. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, a. 1, v. 1, n. 2, maio 2001.

TATAGIBA, Luciana. ABERS, Rebecca. SILVA, Marcelo Kunrath. Movimentos sociais e políticas públicas: ideias e experiências na construção de modelos alternativos. In: PIRES, Roberto. LOTTA, Gabriela. OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Orgs). **Burocracia e políticas públicas no Brasil: interseções analíticas**. Brasília: Ipea/Enap, 2018. p. 105-138.

TELLO MENDOZA, Juan Alonso. La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. **Prudentia Iuris**, Argentina, n. 80, p. 197-220, 2015.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, a. XVII, n. 6, p. 07-64, 1966.

URUEÑA, René. Lutas locais, cortes internacionais. Uma exploração de la protección multinível de los derechos humanos em América Latina. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 30, p. 301-328, jan./jun. 2013.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). **Justiça de Transição: Manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça. Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 47-72.

VASAK, Karel. For the Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity, Inaugural lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July 1979. In: VASAK, Karel (ed). **The international dimension of human rights**. Paris: Unesco, 1982.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. Rumo a uma fraternidade de cortes de direitos humanos? Uma análise dos usos da jurisprudência da Corte Europeia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, Ano 13, n. 2, p. 387-406, jul./dez. 2013.

VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 1-33, 2013.

WALKER, Neil. **The Idea of Constitutional Pluralism**. EUI Working Paper Law n. 2002/1. San Domenico: European University Institute, 2002a.

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. **The Modern Law Review**, Londres, v. 65, n. 3, p. 317-359, 2002b.

WEICHERT, Marlon Alberto. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a obrigação de instituir uma Comissão da Verdade. In: GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 226-242.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, p. 113-128, dez. 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança n. 39.361/MG**. Relator Min. Humberto Martins, julgamento: 07/02/2013, publicação: 19/02/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 23.121/GO**. Relator Min. Humberto Gomes de Carros, julgamento: 06/10/1993, publicação: 08/11/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Relator Min. Eros Graus, julgamento: 29/04/2010, publicação: 06/08/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 72.131/RJ**. Relator Min. Marco Aurélio, julgamento: 23/11/1995, publicação: 04/12/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 87.585-5/TO**. Relator Min. Marco Aurélio, julgamento: 03/12/2008, publicação: 26/06/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480/DF**. Relator Min. Celso de Mello, julgamento: 04/09/1997, publicação: 18/05/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.121/DF**. Relator Min. Marco Aurélio, julgamento: 13/06/2019, publicação: 28/11/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343/SP**. Relator Min. Cezar Peluso, julgamento: 03/12/2008, publicação: 12/12/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 511.961/SP**. Relator Min. Gilmar Mendes, julgamento: 17/06/2009, publicação: 12/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 80.004/SE**. Relator Min. Xavier de Albuquerque, julgamento: 01/06/1977, publicação: 29/12/1977.

CORTE IDH. **Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) v. Peru**. Sentença de 1º de julho de 2009 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Aguado Alfaro e outros v. Peru (“Trabalhadores Demitidos do Congresso”)**. Sentença de 24 de novembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Albán Cornejo e outros v. Equador**. Sentença de 22 de novembro de 2007 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Apitz Barbera e outros v. Venezuela**. Sentença de 5 de agosto de 2008 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação In Vitro”) v. Costa Rica**. Sentença de 28 de novembro de 2012 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Baena Ricardo e outros v. Panamá**. Sentença de 2 de fevereiro de 2001 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Baena Ricardo e outros v. Panamá**. Sentença de 28 de novembro de 2003 (competência).

CORTE IDH. **Caso Barbani Duarte e outros v. Uruguai**. Sentença de 13 de outubro de 2011 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Barreto Leiva v. Venezuela**. Sentença de 17 de novembro de 2009 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Barrios Altos v. Peru**. Sentença de 14 de março de 2001 (mérito).

CORTE IDH. **Caso Boyce e outros v. Barbados**. Sentença de 20 de novembro de 2007 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Cabrera García e Montiel Flores v. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Chinchilla Sandoval v. Guatemala**. Sentença de 29 de fevereiro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Claude Reyes e outros v. Chile**. Sentença de 19 de setembro de 2006 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Comunidade Garífuna de Ponta Pedra e seus membros v. Honduras**. Sentença de 8 de outubro de 2015 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua**. Sentença de 31 de agosto de 2001 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai**. Sentença de 29 de março de 2006 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa v. Paraguai**. Sentença de 17 de julho de 2005 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Constantine e outros v. Trinidad Tobago**. Sentença de 1º de setembro de 2001 (exceções preliminares).

CORTE IDH. **Caso Crianças Yean e Bosico v. República Dominicana**. Sentença de 8 de setembro de 2018.

CORTE IDH. **Caso Cuscul Pivaral e outros v. Guatemala**. Sentença de 23 de agosto de 2018 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares v. Brasil**. Sentença de 15 de julho de 2020 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Escher e outros v. Brasil**. Sentença de 6 de julho de 2009 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Família Pacheco Tineo v. Bolívia**. Sentença de 25 de novembro de 2013 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Favela Nova Brasília v. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Fermín Ramírez v. Guatemala**. Sentença de 20 de junho de 2015 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Furlan e Familiares v. Argentina**. Sentença de 31 de agosto de 2012 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Garibaldi v. Brasil**. Sentença de 23 de setembro de 2009 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Gelman v. Uruguai**. Resolução de 20 de março de 2013 (supervisão de cumprimento de sentença).

CORTE IDH. **Caso Gelman v. Uruguai**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações).

CORTE IDH. **Caso Genie Lacayo v. Nicarágua**. Sentença de 29 de janeiro de 1997 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Hernández v. Argentina**. Sentença de 22 de novembro de 2019 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Instituto de Reeducação do Menor v. Paraguai**. Sentença de 2 de setembro de 2004 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso I.V. v. Bolívia**. Sentença de 30 de novembro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Ivcher Bronstein v. Peru**. Sentença de 6 de fevereiro de 2001 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Lagos del Campo v. Peru**. Sentença de 31 de agosto de 2017 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Liakat Ali Alibux v. Suriname**. Sentença de 30 de janeiro de 2014 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Loayza Tamayo v. Peru**. Sentença de 17 de setembro de 1997 (mérito).

CORTE IDH. **Caso López Álvarez v. Honduras**. Sentença de 1º de fevereiro de 2006 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso López Mendoza v. Venezuela**. Sentença de 1º de setembro de 2011 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso “Ninõs de la Calle” (Villagrán Morales e outros) v. Guatemala**. Sentença de 19 de novembro de 1999 (mérito).

CORTE IDH. **Caso Olmedo Bustos e outros v. Chile (“A Última Tentação de Cristo”)**. Sentença de 5 de fevereiro de 2001 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Petruzzi e outros v. Peru**. Sentença de 30 de maio de 1999 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Poblete Vilches e outros v. Chile**. Sentença de 8 de março de 2018 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Equador**. Sentença de 27 de junho de 2012 (mérito e reparações).

CORTE IDH. **Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros v. Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Povo Saramaka v. Suriname**. Sentença de 28 de novembro de 2007 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos**. Sentença de 23 de novembro de 2009 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Tibi v. Equador**. Sentença de 7 de setembro de 2004 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos e outros) v. Equador**. Sentença de 28 de agosto de 2013 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Tribunal Constitucional v. Peru**. Sentença de 24 de setembro de 1999 (competência).

CORTE IDH. **Caso Tribunal Constitucional v. Peru**. Sentença de 31 de janeiro de 2001 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Vargas Areco v. Paraguai**. Sentença de 26 de setembro de 2006 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988 (mérito).

CORTE IDH. **Caso Vélez Loor v. Panamá**. Sentença de 23 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Vladimir Herzog e outros v. Brasil**. Sentença de 15 de março de 2018 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Ximenes Lopes v. Brasil**. Sentença de 4 de julho de 2006 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Yatama v. Nicarágua**. Sentença de 23 de junho de 2005 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Caso Yvon Neptune v. Haiti**. Sentença de 6 de maio de 2008 (mérito, reparações e custas).

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 01/1982**. “Outros tratados” objeto da função consultiva da Corte (Art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). 24 de setembro de 1982.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 04/1984**. Proposta de modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização. 19 de janeiro de 1984.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 05/1985**. O registro profissional obrigatório de jornalistas. 13 de novembro de 1985.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 06/1986**. A expressão “lei” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 9 de maio de 1986.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 09/1987**. Garantias judiciais nos estados de emergência (artigos 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). 6 de outubro de 1987.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 14/1994**. Responsabilidade internacional pela expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção (artigos 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). 9 de dezembro de 1994.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 16/1999**. O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. 1º de outubro de 1999.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 18/2003**. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. 17 de setembro de 2003.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 20/2009**. Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 29 de setembro de 2009.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 21/2014**. Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. 19 de agosto de 2014.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 23/2017**. Meio ambiente e direitos humanos (obrigações estatais em relação ao meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal – interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). 15 de novembro de 2017.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 24/2017**. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. 24 de novembro de 2017.

CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC 25/2018**. A instituição do asilo e seu reconhecimento como direito humano no sistema interamericano de proteção (interpretação e alcance dos artigos 5, 22.7 e 22.8, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). 30 de maio de 2018.

TEDH. **Bayatyan v. Armênia**. Sentença de 7 de julho de 2011.

TEDH. **Chapman v. Reino Unido**. Sentença de 18 de janeiro de 2001.

TEDH. **Christine Goodwin v. Reino Unido**. Sentença de 11 de julho de 2002.

TEDH. **Fabris v. França**. Sentença de 7 de fevereiro de 2013.

TEDH. **Irlanda v. Reino Unido**. Sentença de 18 de janeiro de 1978.

TEDH. **Karner v. Áustria**. Sentença de 24 de julho de 2003.

TEDH. **Louizidou v. Turquia**. Sentença de 23 de março de 1995 (exceções preliminares).

TEDH. **Mamatkulov e Askarov v. Turquia**. Sentença de 4 de fevereiro de 2005.

TEDH. **Opuz v. Turquia**. Sentença de 9 de junho de 2009.

TEDH. **Pretty v. Reino Unido**. Sentença de 29 de abril de 2002.

TEDH. **Tyrer v. Reino Unido**. Sentença de 25 de abril de 1978.