

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE

**O FUTURO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS É DOMÉSTICO:
DIÁLOGO E COOPERAÇÃO ENTRE ORDENS JURÍDICAS COMO MODELOS DE
EMPODERAMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Porto Alegre
2019

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE

**O FUTURO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS É
DOMÉSTICO: diálogo e cooperação entre ordens jurídicas como modelos de
empoderamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

**PORTO ALEGRE
2019**

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE

**O FUTURO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS É
DOMÉSTICO: diálogo e cooperação entre ordens jurídicas como modelos de
empoderamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito à aprovação no Curso de Doutorado em Direito, área de concentração “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado”, linha de pesquisa “Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado”.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro

**PORTO ALEGRE
2019**

Ficha Catalográfica

R433f Resende, Augusto César Leite de

O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é doméstico : diálogo e cooperação entre ordens jurídicas como modelos de empoderamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Augusto César Leite de Resende . – 2019.

260 f.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro.

1. Pluralismo Constitucional. 2. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3. Controle de Convencionalidade. 4. Sentenças. 5. Improbidade Administrativa. I. Molinaro, Carlos Alberto. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Salete Maria Sartori CRB-10/1363

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE RESENDE

**O FUTURO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS É
DOMÉSTICO: diálogo e cooperação entre ordens jurídicas como modelos de
empoderamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, área de concentração área de concentração “Fundamentos Constitucionais do Direito Público e Privado”, linha de pesquisa “Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Professora Dra. Flávia Piovesan
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado
Universidade Tiradentes
Universidade Federal de Sergipe

Professora Dra. Regina Linden Ruaro
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Elias Grossmann
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Álvaro Vinícius Severo Paranhos
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Porto Alegre, 28 de março de 2019.

RESUMO

A presente tese se preocupou com o baixo grau de efetividade das sentenças prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na medida em que sua implementação depende primordialmente da atuação dos agentes públicos nacionais, ante a inexistência na esfera da jurisdição interamericana de um procedimento de execução forçada do *decisum* internacional. Por isso, este trabalho científico tem como propósito enfrentar os seguintes problemas: é possível o uso de instrumentos jurídicos existentes no direito brasileiro para assegurar a efetividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no plano interno? Os juízes nacionais estão vinculados aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos? O controle de convencionalidade pode ser legitimamente manejado por órgãos do Poder Judiciário nacional para a garantia da eficácia das decisões do Tribunal Interamericano? A responsabilização de agentes públicos brasileiros por ato de improbidade administrativa em decorrência do inadimplemento de sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos proferidas contra a República Federativa do Brasil fortalece a defesa dos direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no plano interno? Inicialmente, entende-se que o ordenamento jurídico nacional e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos são ordens jurídicas distintas, interconectadas e interdependentes. Por essa razão, abraça-se como marco teórico deste estudo a teoria do pluralismo constitucional. Aos problemas de tese formulados, levanta-se as hipóteses, confirmadas ao final, de que a interconexão, o diálogo e a cooperação entre as ordens jurídicas ensejam o reconhecimento da força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e permitem o manejo do controle de convencionalidade e o uso de instrumento jurídicos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para garantir o efetivo cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Interamericana em desfavor da República Federativa do Brasil. Sendo assim, a presente tese de doutoramento tem como objetivo principal propor, a partir de uma pesquisa dedutiva, doutrinária e legislativa, que a responsabilização de agentes públicos brasileiros por ato de improbidade administrativa é mecanismo jurídico que promove, em alguma medida, a exigibilidade e o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana no campo da ordem jurídica brasileira e, por via de consequência, assegura a efetividade dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana e no Protocolo de San Salvador.

PALAVRAS-CHAVE: Pluralismo constitucional; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Controle de convencionalidade; Sentenças; Improbidade administrativa.

ABSTRACT

The present thesis was concerned with the low degree of effectiveness of the judgments rendered by the Inter-American Court of Human Rights, inasmuch as their implementation depends primarily on the performance of national public agents, due to the non-existence in the sphere of inter-American jurisdiction of a forced execution procedure of the international decision. Therefore, the purpose of this thesis is to address the following issues: is it possible to use existing legal instruments in Brazilian law to ensure the effectiveness of the judgments of the Inter-American Court of Human Rights domestically? Are the national judges bound to the precedents of the Inter-American Court of Human Rights? Can the control of conventionality be legitimately handled by organs of the national Judiciary to ensure the effectiveness of the decisions of the Inter-American Court? Does the responsibility of Brazilian public officials for administrative improbity resulting from the default of judgments handed down by the Inter-American Court of Human Rights against the Federative Republic of Brazil strengthen the defense of human rights within the framework of the Inter-American Human Rights System and at the internal level? Initially, it is understood that the national legal system and the Inter-American Human Rights System are distinct, interconnected and interdependent legal orders. For this reason, the theory of constitutional pluralism is embraced as the theoretical framework of this study. The hypotheses, confirmed at the end, that the interconnection, dialogue and cooperation between legal orders lead to the recognition of the binding force of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights and allow the management of control of conventionality and the use of juridical instruments existing in the Brazilian legal system to guarantee the effective compliance with the sentences pronounced by the Inter-American Court in detriment of the Federative Republic of Brazil. Thus, the main objective of the present doctoral thesis is to propose, from a deductive, doctrinal and legislative research, that the accountability of Brazilian public agents for administrative improbity is a legal mechanism that promotes, to some extent, compliance with the judgments of the Inter-American Court within the framework of the Brazilian legal system and, as a consequence, ensures the effectiveness of the human rights enshrined in the American Convention and the Protocol of San Salvador.

KEYWORDS: Constitutional pluralism; Inter-American Court of Human Rights; Conventionality control; Sentences; Administrative improbity.

Com amor, dedico este trabalho aos meus filhos **Guilherme Augusto** e **Maria Isabel**, razão de viver do papai; ao amor da minha vida, **Lícia**, pela compreensão da ausência; aos meus pais **Margarida** e **Luciano**; e aos meus queridos irmãos **Luciana** e **Luciano**, pela confiança sempre depositada.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro, pela educação, pela confiança e pela excelência da orientação prestada.

Ao meu amigo, conselheiro e sempre mestre Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado, pelos ensinamentos e observações jurídicas, pelo estímulo e pela paciência de me ouvir nas horas de angústia durante o curso e, sobretudo, na construção da tese.

À Professora Dra. Flávia Cristina Piovesan que me serviu de referencial teórico e fonte de inspiração para lutar pelos direitos humanos e, especialmente, a acreditar na jurisdição internacional e na possibilidade de aperfeiçoamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que se refere à exigibilidade e ao cumprimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana.

Especialmente, aos meus onze colegas, agora amigos, do DINTER, pelos ótimos momentos que passamos juntos durante o doutorado. Com vocês foi muito menos árdua a jornada.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A PROTEÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O ENTRELAÇAMENTO DAS ORDENS JURÍDICAS	14
2.1 A EMERGÊNCIA E O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO NACIONAL AO INTERNACIONAL	14
2.2 A INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E DO PROTOCOLO DE SAN SALVADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A NECESSIDADE DE UM NOVO OLHAR	29
2.3 A RELAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA NACIONAL COM O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DO PLURALISMO CONSTITUCIONAL	59
2.4 A TUTELA MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS NO MARCO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO E DO <i>IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE</i> : A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	76
3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO	92
3.1. O ESTADO DE DIREITO: A LIMITAÇÃO DO PODER DO LEVIATÃ PELOS DIREITOS HUMANOS E A SUA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO	94
3.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOB A ÉGIDE DO PLURALISMO CONSTITUCIONAL	102
3.3 O CONTROLE JUDICIAL DE CONVENCIONALIDADE E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS	111
3.3.1 O Exercício Obrigatório do Controle de Convencionalidade	113
3.3.2 O Controle de Convencionalidade no Âmbito da Jurisdição Interna	121
3.4 OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO RELEITURA A PARTIR DO PLURALISMO CONSTITUCIONAL	130

4 O PAPEL DA ORDEM JURÍDICA DOMÉSTICA NA EFETIVIDADE DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	151
4.1 A FORÇA OBRIGATÓRIA DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	153
4.2 A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS INTERNOS PELO DESCUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	166
4.2.1 Notas Introdutórias	166
4.2.2 A Responsabilidade do Agente Público Brasileiro por Ato de Improbidade Administrativa em Razão do Descumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos	182
4.2.2.1 Sujeito passivo	183
4.2.2.2 Sujeito ativo.....	185
4.2.3 Tipologia dos Atos de Improbidade Administrativa	188
4.2.4 Elemento Subjetivo: Dolo ou Culpa	194
4.3 CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS NACIONAIS	205
5 CONCLUSÃO	225
REFERÊNCIAS	233

1 INTRODUÇÃO

O acesso ao Sistema Interamericano é um importante instrumento de tutela jurisdicional dos direitos humanos, sempre que as instituições judiciais domésticas se mostrarem falhas ou omissas. Segundo o preâmbulo do Pacto de San José da Costa Rica, a proteção internacional dos direitos humanos nas Américas é coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos, de modo que cabe ao Estado primeiramente promover e proteger, em seu domínio interno, os direitos humanos e, caso o Estado não se desincumba plenamente deste ônus, caberá aos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos garantir o respeito aos direitos consagrados na Convenção Americana.¹

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém, não é um Tribunal de apelação ou uma instância superior aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro com poderes de reformar ou anular decisões proferidas por juízes e tribunais domésticos, de modo que o cumprimento das reparações e das medidas de não-repetição impostas pelo Tribunal Regional deve ser realizado pelo próprio Estado condenado. Além disso, não há, no plano da jurisdição internacional, um procedimento de execução forçada do *decisum* interamericano.

A defesa jurisdicional exitosa e efetiva dos direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos requer a implementação das sentenças interamericanas na esfera doméstica e, para tanto, as autoridades nacionais deverão cumprir os comandos impostos pelo Tribunal Internacional, de acordo com suas atribuições constitucionais e legais, sendo inadmissíveis o descaso e o desprezo.

A eficácia das sentenças prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é baixa, provocando a perda de legitimidade e de credibilidade do Sistema Regional diante das vítimas de violações de direitos humanos e das organizações da sociedade civil que as representam. Por isso, este trabalho científico tem como propósito enfrentar os seguintes problemas: é possível o uso de instrumentos jurídicos existentes no direito brasileiro para assegurar a efetividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no plano interno? Os juízes nacionais estão vinculados aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos? O controle de convencionalidade pode ser legitimamente manejado por

¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Adotada no Brasil, através do Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.

órgãos do Poder Judiciário nacional para a garantia da eficácia das decisões do Tribunal Interamericano? A responsabilização de agentes públicos brasileiros por ato de improbidade administrativa em decorrência do inadimplemento de sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos proferidas contra a República Federativa do Brasil fortalece a defesa dos direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no plano interno?

Neste estudo, sustenta-se que as respostas aos quesitos acima formulados são positivas. E mais do que isso, entende-se que o aprimoramento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos poderá ser alcançado através do uso de medidas nacionais de implementação e de cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Interamericana e do diálogo judicial internacional, realizado, sobretudo, por meio do controle de convencionalidade.

O objetivo principal do presente trabalho é propor que o exercício do controle de convencionalidade, a vinculação dos juízes nacionais aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a responsabilização de agentes públicos brasileiros por ato de improbidade administrativa são mecanismos jurídicos que promovem, em alguma medida, a exigibilidade e o cumprimento das sentenças do Tribunal Regional no campo da ordem jurídica brasileira e, por via de consequência, asseguram a efetividade dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana e no Protocolo de San Salvador.

A importância e a atualidade do tema a ser pesquisado residem no fato de que a compreensão dos ordenamentos jurídicos nacionais e do direito internacional dos direitos humanos como sistemas diferentes, mas interconectados e interdependentes possibilitará a utilização de instrumentos jurídicos existentes no direito brasileiro para garantir o respeito e a implementação das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no plano doméstico.

Como objetivos específicos estabeleceu-se: a) analisar criticamente a relação entre o direito nacional e o direito interamericano de direitos humanos a partir da teoria do pluralismo constitucional, em contraposição às tradicionais teorias monista e dualista; b) demonstrar que o exercício do controle de convencionalidade pelos juízes e tribunais brasileiros fortalece a proteção e a promoção dos direitos humanos; c) propor uma doutrina de precedentes vinculantes em relação às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos à luz da teoria do direito como integridade e da ideia de romance em cadeia de Ronald Dworkin; e d) propor que a responsabilização dos agentes públicos nacionais por ato de improbidade administrativa, em razão do descumprimento das sentenças do Tribunal Interamericano, promove a exigibilidade e a efetividade das decisões interamericanas no cenário doméstico.

A metodologia empregada na pesquisa foi uma abordagem dogmática, através de um método dedutivo, que parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Primeiramente, foram apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que essas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas. O método de procedimento utilizado foi o monográfico e o método de interpretação jurídica, o sistemático.

A tipologia de pesquisa foi a bibliográfica e documental, mediante análise de textos normativos nacionais e internacionais e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de Cortes Constitucionais dos países latino-americanos e do Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa bibliográfica foi elaborada com base em material já publicado e inclui material impresso, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos, bem como material disponibilizado pela internet cuja fonte seja acadêmica e cientificamente relevante e confiável. Essa técnica de pesquisa foi utilizada para delinear o campo de estudo do direito internacional dos direitos humanos, do direito constitucional e do direito administrativo, especialmente o sancionador.

A pesquisa documental é caracterizada pela fonte de coleta de dados que é restrita a documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias. Essa técnica foi utilizada para o levantamento de dados referentes à abordagem da proteção dos direitos humanos no sistema interamericano e no âmbito interno e, notadamente, as consequências jurídicas do inadimplemento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e o uso de instrumentos do direito nacional para a garantia da efetividade dos direitos humanos.

A tese foi dividida em três capítulos. No primeiro capítulo, analisou-se detidamente a incompatibilidade das tradicionais teorias monista e dualista para explicar as relações entre o direito internacional e o direito interno dos Estados, notadamente em razão do crescente processo de constitucionalização do direito internacional, sobretudo, em matéria de direitos humanos, e de internacionalização do direito constitucional, propiciado, de alguma forma, pelas cláusulas de abertura dos sistemas jurídicos domésticos ao plano internacional.

Na sequência, discorre-se sobre a teoria do pluralismo constitucional como alternativa viável às velhas teorias antes mencionados, diante das importantes transformações ocorridas, após a Segunda Guerra Mundial, nos ordenamentos jurídicos internacional e nacional. As interações entre as ordens jurídicas foram estudadas, em seguida, a partir de alicerçado em uma perspectiva heterárquica e não mais hierárquica, decompondo-se a pirâmide normativa

de Hans Kelsen, substituindo-a por uma forma geométrica de teia ou rede constitucional. Passa-se, então, a tratar da tutela multinível dos direitos humanos no marco do constitucionalismo compensatório e do *Ius Constitutionale Commune* e da interdependência entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O segundo capítulo foi dedicado ao diálogo judicial internacional, por meio do controle de convencionalidade, como ferramenta de concretização do direito interamericano de direitos humanos no domínio interno. Na oportunidade, estudou-se a limitação do poder estatal pelos direitos humanos. Após, tratou-se do controle de convencionalidade baseado no pluralismo constitucional, com o intuito de demonstrar que, apesar de existir uma relação de heterarquia entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a ordem jurídica brasileira, há, indiscutivelmente, hierarquia normativa no interior do sistema jurídico nacional, eis que os tratados internacionais de direitos humanos são entronizados com *status* de norma constitucional, permitindo-se, com isso, o exercício da fiscalização de convencionalidade das leis.

Posteriormente, refletiu-se a relação entre a Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos com fundamento em um modelo dialógico vocacionado à proteção do ser humano e guiado pelo princípio *pro homine*. Também se dedicou espaço para uma releitura das forças vinculantes dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto paradigma de controle de convencionalidade, com espeque na teoria do pluralismo constitucional, para, ao final, propor uma doutrina de *stare decisis* em relação às sentenças interamericanas fundada na ideia de romance em cadeia de Ronald Dworkin.

No terceiro capítulo, propôs-se, com fulcro na interdependência entre os sistemas jurídicos internacional e interno e na ideia de que o direito doméstico exerce relevante papel em assegurar a efetividade do direito internacional, que a responsabilização do agente público brasileiro por improbidade administrativa é importante mecanismo nacional de implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Na ocasião, analisou-se a força obrigatória das decisões interamericanas e a repercussão da forma federativa de Estado no cumprimento das obrigações internacionais na esfera interna. Em seguida, refletiu-se sobre a responsabilidade por ato de improbidade administrativa dos agentes públicos brasileiros pelo inadimplemento das sentenças do Tribunal Interamericano, com especial atenção aos requisitos necessários para a incidência da Lei nº 8.429/92 no contexto do tema tratado no presente trabalho e as funções preventiva e pedagógica da sanção.

Ao final, verificou-se que a responsabilização por ato de improbidade administrativa,

em razão da perspectiva da punição, revela-se como importante mecanismo de incentivo ao cumprimento voluntário das sentenças da Corte Interamericana e, portanto, de fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2 A PROTEÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O ENTRELAÇAMENTO DAS ORDENS JURÍDICAS

O cenário jurídico global tem passado por um processo profundo e contínuo de transformações nas relações jurídicas entre os Estados nacionais e os organismos internacionais, sobretudo com os sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos, especialmente decorrente da humanização e da constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos.

Nesse sentido, refletir-se-á, no presente capítulo, sobre a necessidade de superação das tradicionais teorias monista e dualista, que buscavam refletir a interação entre o direito internacional e o direito nacional, adotando-se a teoria do pluralismo constitucional como alternativa viável para explicar a atual relação de interconexão e de interdependência entre o ordenamento jurídico nacional e o direito interamericano de direitos humanos.

2.1 A EMERGÊNCIA E O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO NACIONAL AO INTERNACIONAL

Os movimentos revolucionários liberais nos séculos XVII e XVIII ocorridos na Inglaterra, nas 13 colônias da América e na França puseram fim ao Antigo Regime, mudando por completo os sistemas político e jurídico na Europa e no novo Estados Unidos da América². O constitucionalismo moderno nasceu no final do século XVIII, fruto da independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa, e esteve estreitamente vinculado ao liberalismo³, ocasião em que os Estados adotaram uma Constituição, como instrumento político de limitação do poder estatal.

Durante o período do Antigo Regime, houve o aumento exponencial das funções administrativas do Estado, concentradas nas mãos do monarca e imunes ao controle judicial⁴. O Estado absolutista estabeleceu um conjunto de técnicas voltadas a disciplinar todos os aspectos da vida humana, interferindo, com isso, de modo muitas vezes arbitrário, na esfera

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169.

³ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 176.

⁴ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 44.

privada das pessoas, especialmente daqueles que não compartilhavam do poder político, com o objetivo de condicionar os seres humanos aos objetivos estatais⁵.

Era mister garantir os direitos, a segurança e a estabilidade das relações econômicas e sociais entre os indivíduos, o que somente seria alcançado através da domesticação do Estado. Essa necessidade propiciou a propagação da ideia de limitação do poder estatal, concentrada na pessoa do soberano, por meio de um pacto entre o povo e o soberano em prol da proteção dos direitos naturais e inalienáveis dos indivíduos⁶, fazendo surgir e se desenvolver as ideias de Estado de Direito e de Constituição.

A ideologia liberal não se preocupava com o bem-estar geral da população. O papel do Estado deveria consistir basicamente em estabelecer uma ordem segura e previsível que protegesse o indivíduo da atuação arbitrária do Estado⁷, garantindo-se a ordem pública interna e a segurança externa, o que removeria obstáculos que impedissem as pessoas de realizar livremente seus fins particulares. Porém, Paulo Bonavides leciona que “o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo”⁸ e que o poder estatal surge como o maior inimigo da liberdade, razão pela qual a implementação dos anseios liberais dependeria da construção do Estado jurídico (Estado de Direito), mediante a limitação jurídica do poder estatal em benefício das liberdades públicas dos cidadãos⁹, o que somente seria alcançado através de uma norma jurídica, no caso a Constituição.

Um dos objetivos centrais do pensamento liberal era domar o “leviatã”. O Estado de Direito surgiu no século XIX em resposta ao Estado Absoluto característico do século XVII e ao Estado Despótico próprio do século XVIII¹⁰, para assegurar a consecução dos objetivos liberais. Evidentemente que o perfil e as características do Estado de Direito foram se modificando ao longo do tempo, como será ressaltado mais adiante.

O Estado não deveria intervir diretamente na esfera privada dos indivíduos. A sua tarefa não era prescrever fins para cada cidadão, mas sim “[...] garantir para cada indivíduo uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo suas capacidades e talento, prosseguir os fins que lhe aprouverem [...]”¹¹, preocupando-se o Estado apenas com a garantia das condições externas para que cada cidadão pudesse prosseguir autonomamente os seus interesses privados.

⁵ MONCADA, op. cit., 2014, p. 45.

⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 25.

⁷ MONCADA, op. cit., 2014, p. 59.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 40.

⁹ BONAVIDES, op. cit., 2014, p. 40.

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos y justicia**. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 21.

¹¹ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. 4. ed.. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 23.

As primeiras constituições do século XIX incorporaram as premissas do pensamento liberal, definindo limites e regras para o exercício do poder político e positivando os direitos calcados no valor liberdade, quais sejam, os direitos civis e políticos. Surgiram, assim, os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, de cunho individualista, destinados a estabelecer restrições ao poder estatal e, por consequência, assegurar a existência de uma parcela da vida humana imune à intervenção do Estado, razão pela qual se caracterizam como direitos eminentemente de defesa¹².

Evidentemente que o processo de constitucionalização não foi uniforme em todo o mundo. A França adotou, diferentemente dos Estados Unidos da América¹³, uma concepção política de Constituição, com separação clara entre as esferas pública e privada. A esse respeito,

A Constituição seria uma espécie de manifesto político formal e solene, definindo um regime político, organizando o Poder Público e fixando as regras de participação do povo no exercício do poder político. Os direitos fundamentais reconhecidos devem ser proclamados na Constituição, como sinal de bons propósitos, mas tal proclamação não têm força de obrigação jurídica para os governantes nem é suficiente como base para a reivindicação desses direitos por via judicial. A consequência é que a efetivação dos direitos fundamentais fica subordinada à aprovação de leis definindo direitos e obrigações, o que só ocorrerá quando a maioria governante considerar que é conveniente e oportuno, ficando tal decisão subordinada a critérios de conveniência política¹⁴.

A Constituição era, para os liberais franceses, uma norma suprema essencialmente política, destinada a assegurar o equilíbrio entre os poderes e a evitar conflitos constitucionais entre o Executivo e o Legislativo. A Carta Magna não era instrumento normativo de proteção e promoção dos direitos individuais, razão pela qual não era possível invocar a Constituição contra a lei eventualmente violadora de direitos¹⁵.

As constituições liberais do século XIX eram consideradas verdadeiros códigos de direito público porque se ocupavam unicamente da estrutura do Estado e da organização dos Poderes¹⁶, ao passo que os códigos civis eram códigos de direito privado, na medida em que

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 46-47.

¹³ Os Estados Unidos adotaram, desde o primeiro momento, uma concepção eminentemente jurídica de Constituição, dotada de força normativa suficiente para consolidar a independência americana e assegurar a unidade do novo Estado mediante a união indissolúvel das entidades federativas (DALLARI, op. cit., 2013, p. 37). Nos Estados Unidos há mais de duzentos anos a supremacia da Constituição e não da lei ou do Parlamento, como na França e na Inglaterra do século XIX.

¹⁴ DALLARI, op. cit., 2013, p. 27.

¹⁵ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 46.

¹⁶ DALLARI, op. cit., 2013, p. 126.

disciplinavam as relações interpessoais livres de qualquer intervenção do Estado, de modo que a Constituição Liberal somente intervinha nas relações privadas para tutelar a autonomia da vontade e a propriedade privada¹⁷. O Código Civil Napoleônico praticamente transferiu da esfera pública para a privada tudo o que estivesse relacionado aos direitos individuais, impossibilitando, com isso, que o Estado interviesse em tais direitos¹⁸.

Com o reconhecimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão e o surgimento do Código Civil, nasceu o Estado Liberal de Direito cujo postulado essencial é o predomínio da autonomia da vontade, donde a liberdade individual não se submetia à vontade estatal, razão pela qual as normas constitucionais desse período “ocupavam-se das relações privadas apenas para tutelar a autonomia privada relativamente a possíveis interferências estatais”¹⁹.

Ocorre que, a Constituição positivava, na qualidade de instrumento político, direitos individuais, mas “[...] su tutela es atribuida a la ley del Estado, a la que no puede oponerse la constitución como norma superior”²⁰. O Estado de Direito, apesar de fundado na primazia da lei, negava, ao mesmo tempo, a qualidade da Constituição como norma suprema capaz de invalidar as normas jurídicas inferiores, o que impossibilitou, na Europa, o estabelecimento do *judicial review*²¹.

A Constituição no século XIX era, indiscutivelmente, “[...] uma soma dos fatores reais de poder que regem uma nação [...]”²², um mero documento político. Não se tratava de verdadeira norma jurídica, dotada de imperatividade, e não consagrava direitos inerentes à condição humana, limitando-se a definir formalmente o sistema político, a estrutura, a organização e o funcionamento do Estado²³. A esse respeito, Maurizio Fioravanti é preciso ao afirmar que,

[...] la garantía de los derechos, que es el resultado último del constitucionalismo, descansa casi exclusivamente en la racionalidad y en la moderación de los poderes ordenados por la constitución, pero no directamente sobre la propia constitución que, como tal, no puede oponerse, en el nombre de esos derechos y de su tutela, a la ley, a la voluntad de esos poderes, de esos parlamentos²⁴.

¹⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Iurisprudentia: Revista da Faculdade de Direito da Ajes**, Juína, Ano 2, n. 3, p. 09-46, jan./jun. 2013, p. 27.

¹⁸ DALLARI, op. cit., 2013, p. 107.

¹⁹ FACCHINI NETO, op. cit., 2013, p. 27.

²⁰ Sua tutela é atribuída à lei do Estado, que não pode se opor à Constituição como uma norma superior. (FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 52, tradução nossa).

²¹ FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 52.

²² LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 17.

²³ DALLARI, op. cit., 2013, p. 136.

²⁴ A garantia dos direitos, que é o resultado último do constitucionalismo, recai quase exclusivamente sobre a racionalidade e moderação dos poderes ordenados pela constituição, mas não diretamente sobre a própria

O Estado continuava forte porque, dotado de soberania, considerada esta como independência externa e como poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer suas decisões dentro de seu território²⁵. A lei era manifestação da soberania do Estado e, por isso, os sistemas jurídicos nacionais eram fechados aos princípios e valores de direito internacional, especialmente no período de 1648 a 1918,²⁶ porque, no mencionado intervalo de tempo, não existiam normas jurídicas gerais ou consuetudinárias que vinculassem os Estados soberanos independentemente de sua vontade²⁷. Em essência, “[...] uno stato sia solo obbligato giuridicamente dalle norme che esso ha liberamente accettato, e dalle quali quindi si può svincolare non appena ciò gli paia opportuno o necessario”²⁸.

O direito internacional, na época, baseava-se nos princípios liberais do *laissez faire* e *laissez passer*, de modo que não regulava os negócios internos dos Estados²⁹. No constitucionalismo liberal-burguês não havia a necessidade de incorporação dos tratados internacionais nos sistemas jurídicos domésticos porque o direito internacional limitava-se a disciplinar as relações diplomáticas entre os Estados soberanos, o uso do mar e o direito de guerra³⁰. A proteção dos direitos do homem era uma questão eminentemente interna, fora do alcance, portanto, do direito internacional.

O Estado liberal é essencialmente abstencionista. Os direitos fundamentais de primeira dimensão são predominantemente direitos de defesa, direitos de liberdade negativa ou de *status negativus*³¹ porque asseguram às pessoas direitos e liberdades cujos exercícios não podem ser abusivamente obstaculizados pelo Estado, ou seja, impõem ao Estado uma obrigação de não fazer, de não interferência, de não intromissão na esfera de liberdade do indivíduo, limitando, assim, o âmbito de atuação estatal³².

O pensamento liberal influenciou a construção teórica do Direito, cuja lei era a fonte única e hegemônica do ordenamento jurídico e o instrumento utilizado para aplicar e interpretar a Constituição, a limitar o poder estatal e a manifestar a vontade popular³³. A

constituição, o que, como tal, não pode ser oposto, em nome desses direitos e de sua proteção, à lei, à vontade desses poderes, desses parlamentos. (FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 53, tradução nossa).

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed.. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 80.

²⁶ CASSESE, Antonio. **L’apertura degli ordinamenti statali all’ordinamento della comunità internazionale**. Suor Orsola: Editoriale Scientifica, 2009, p. 07.

²⁷ *Ibidem*, p. 08.

²⁸ Um estado só é juridicamente obrigado pelas regras que aceitou livremente, e das quais se pode se desvincular assim que for apropriado ou necessário. (*Ibidem*, p. 09, tradução nossa).

²⁹ *Ibidem*, p. 09.

³⁰ *Ibidem*, p. 09-10.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 564.

³² SARLET, op. cit., 2015, p. 46-47.

³³ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo

fragilidade jurídica da Constituição liberal-burguesa era demonstrada pela necessidade de lei para dar efetividade aos preceitos constitucionais, especialmente os relativos a direitos fundamentais³⁴.

No Estado Liberal existia a primazia da lei, na qualidade de produto do Parlamento, razão pela qual o Estado de Direito, no século XIX, especificamente na França, era um Estado Legal de Direito³⁵, isto é, “[...] un Estado en el cual todo acto de potestad administrativa presupone una ley de la que depende y de la cual debe asegurar la ejecución [...]”³⁶, o que acarreta o reconhecimento da lei como instrumento máximo de garantia de direitos contra os abusos do poder público³⁷. A proeminência era da lei e não da Constituição, tanto que as Cartas Constitucionais liberais eram marcadamente flexíveis e, destarte, suscetíveis de serem alteradas legislativamente³⁸.

O Estado de Direito é fruto do movimento liberal e antiabsolutista que se inicia nos séculos XVI e XVII na Europa e o seu conceito encontra suas origens na Alemanha como modelo de resistência ao Estado de Polícia mediante o controle do poder do Estado e a garantia da propriedade privada e da segurança interna, o que se daria através da lei que estabeleceria as formas de agir do poder estatal, o que permitiu a predominância no século XIX do positivismo exegético³⁹.

O Estado Liberal de Direito se afirmava por intermédio do princípio da legalidade⁴⁰, no qual a atividade administrativa estatal se resumia à “mera execução” da lei, que era, portanto, seu fundamento de legitimidade⁴¹. Em tal modelo, a relação do Estado com a lei é essencialmente diferente da dos particulares, uma vez que a concepção liberal do princípio da legalidade apregoa que o Estado somente pode realizar aquilo que a lei lhe autoriza, ao passo que os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não lhes proíba, prestigiando a liberdade dos sujeitos privados.

O constitucionalismo liberal-burguês, que surge como resposta ao Estado de Polícia e ao Estado Absolutista, porém não foi eficiente em proteger os indivíduos da atuação arbitrária

contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 24.

³⁴ DALLARI, op. cit., 2013, p. 136.

³⁵ ZAGREBELSKY, op. cit., 2011, p. 24.

³⁶ Um Estado em que todo ato de autoridade administrativa pressupõe uma lei de que depende e da qual deve assegurar a execução. (MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. Tradução de José Lión Depetre. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 451, tradução nossa).

³⁷ DALLARI, op. cit., 2013, p. 103.

³⁸ ZAGREBELSKY, op. cit., 2011, p. 31.

³⁹ GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 72.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, op. cit., 2011, p. 24.

⁴¹ GABARDO, op. cit., 2009, p. 73.

do Estado, uma vez que a lei somente condicionava as atividades do Estado-Administração, mas não as do Estado-Legislador⁴². As constituições liberais, por serem flexíveis, não estabeleciam limites formais ou, muito menos, materiais à atuação do Poder Legislativo, o que, na prática, significava que o legislador era senhor da lei e, portanto, absolutamente livre para legislar⁴³.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão não eram verdadeiros instrumentos de limitação à atividade do Estado como legislador, eis que a sua aplicabilidade dependia justamente de regulamentação legal, ou seja, tais direitos somente podiam ser efetivamente exercidos por seus titulares se a lei já os tivesse “criado”⁴⁴. O problema era que a legislação representava, como bem ressaltado por Gustavo Zagrebelsky, a hegemonia dos interesses privados da burguesia liberal⁴⁵, motivo pelo qual os direitos fundamentais eram basicamente regulamentados para satisfazer os desejos e aspirações da burguesia, o que acentuou as desigualdades sociais, econômicas e políticas no século XIX e início do século XX.

Além disso, a teoria jurídica construída com base no pensamento liberal fundava-se na ideia da observância “cega” da lei, afastando do Direito a Filosofia, os princípios, os valores e o sentido de Justiça⁴⁶. Apoiava-se na compreensão de um Direito na condição de sistema fechado, completo, claro e coerente, ou seja, indiferente aos valores, sem lacunas, composto apenas de regras aplicáveis por subsunção e sem antinomias. O Direito era a lei e a lei eram os Códigos e os juízes seriam a boca da lei, cuja atividade era meramente instrumental e silogística⁴⁷, sendo-lhes vedado afastar a lei, expressão da vontade soberana do Parlamento, em benefício de qualquer direito, ainda que fundamental⁴⁸.

Ocorre que, a segunda Revolução Industrial provocou o aparecimento de graves problemas sociais e econômicos na Europa do século XIX. Já não mais se acreditava, no início do século XX, que o Estado liberal pudesse erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, razão pela qual eclodiram, à época, diversos movimentos reivindicatórios de direitos trabalhistas e sociais⁴⁹.

⁴² ZAGREBELSKY, op. cit., 2011, p. 48.

⁴³ ZAGREBELSKY, op. cit., 2011, p. 48.

⁴⁴ ZAGREBELSKY, op. cit., 2011, p. 48.

⁴⁵ ZAGREBELSKY, op. cit., 2011, p. 31.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

⁴⁷ FACCHINI NETO, op. cit., 2013, p. 17.

⁴⁸ ZAGREBELSKY, op. cit., 2011, p. 24.

⁴⁹ SARLET, op. cit., 2015, p. 47.

As liberdades públicas, apesar de consagradas formalmente na Constituição, somente eram exercidas pela burguesia, que detinha os meios e recursos suficientes para tanto⁵⁰. Paulo Bonavides sustenta que, na esfera econômica, o Estado Liberal expunha os fracos à vontade incontrolável, aos desejos e aos interesses dos poderosos, propiciando a espoliação do trabalho e o emprego de métodos brutais de exploração econômicas⁵¹.

Além disso, a igualdade constitucionalmente positivada era meramente formal, o que favorecia a manutenção das desigualdades sociais existentes na sociedade moderna, fortemente impactada ainda pela impossibilidade de intervenção do Estado para corrigir as distorções socioeconômicas⁵². As pessoas eram forçadas a vender sua força de trabalho aos empregadores a valores salariais irrisórios e a se submeterem às péssimas condições laborativas, muitas vezes insalubres e perigosas⁵³.

Foi a partir desses fatos históricos que surgiram, na Constituição do México de 1917 e na Constituição Weimar de 1919, os direitos fundamentais de segunda dimensão, consubstanciados nos direitos sociais, econômicos e culturais da pessoa humana e nos direitos dos trabalhadores⁵⁴, alçando o Estado à condição de promotor do bem-estar da população. Foi o nascimento do Estado Social (*Welfare State*) e com ele o constitucionalismo social, que rompeu por completo com a tradição liberal-burguesa.

A efetividade dos novos direitos, quais sejam, os econômicos, sociais e culturais depende da intervenção do Estado na ordem econômica e na ordem social. O Estado, agora social, volta a ser intervencionista, não nos moldes arbitrários do Estado absolutista, não para assegurar o acesso dos cidadãos economicamente hipossuficientes aos direitos que o liberalismo lhes impediu de exercer, como sustenta Bruno Galindo⁵⁵, mas para a sobrevivência do próprio capitalismo⁵⁶.

A economia de mercado livre não se autorregulava de modo perfeito. A mão invisível de Adam Smith⁵⁷ não impediu o surgimento de tensões sociais que colocavam em risco a existência do modo de produção capitalista. Segundo Karl Polanyi, “[...] as reações da classe

⁵⁰ GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da Constituição:** a transformação paradigmática da teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 55.

⁵¹ BONAVIDES, op. cit., 2014, p. 59.

⁵² GALINDO, op. cit., 2006, p. 56.

⁵³ Ibidem, p. 56

⁵⁴ SARLET, op. cit., 2015, p. 57.

⁵⁵ GALINDO, op. cit., 2006, p. 58.

⁵⁶ POLANYI, Karl. **A grande transformação:** as origens de nossa época. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 213.

⁵⁷ Sobre o tema, ver: ROTHSCHILD, Emma. **Sentimentos econômicos:** Adam Smith, Condorcet e o iluminismo. Rio de Janeiro: Record, 2003.

trabalhadora e do campesinato à economia de mercado levaram ao protecionismo [...]”⁵⁸, porém os senhores de terra e os camponeses europeus defendiam a economia de mercado, ao passo que a classe de trabalhadores visava a arruiná-la, razão pela qual se adota um movimento de autoproteção por meio da intervenção do Estado na economia e da positivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão⁵⁹.

A Constituição mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir a qualidade de direitos fundamentais aos direitos trabalhistas e ao direito à educação pública e, ainda, consagrou a reforma agrária e a abolição do caráter absoluto da propriedade privada, servindo, dessa forma, de inspiração para a positivação dos direitos sociais, econômicos e culturais na Europa, notadamente na Constituição alemã de 1919⁶⁰.

O constitucionalismo social, inaugurado com a Carta Magna do México de 1917 e com a Constituição de Weimar de 1919, fez surgir a necessidade de reformulação da teoria jurídica vigente, dando novo tratamento à Constituição⁶¹, o que fora inicialmente feito por Hans Kelsen. Segundo a teoria kelseniana, os valores morais vigentes numa comunidade política não podiam ser levados em consideração pelo Direito e pela Ciência Jurídica, uma vez que o conceito de Direito era definido de modo a não incluir elementos morais⁶².

A compreensão das normas jurídicas era completamente dissociada das demais normas sociais que igualmente regulam condutas humanas. A ciência jurídica deveria distanciar-se de elementos que lhe eram estranhos, pois, na visão de Hans Kelsen, a teoria do direito “[...] se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”⁶³.

À luz da teoria pura do Direito, “[...] a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral”⁶⁴. A validade das normas jurídicas não dependia, na visão kelseniana, da correção moral da mesma. Vale dizer: a norma jurídica seria considerada válida ainda que contrária à ordem moral⁶⁵.

⁵⁸ POLANYI, op. cit., 2012, p. 212.

⁵⁹ Ibidem, p. 223-224.

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

⁶¹ DALLARI, op. cit., 2013, p. 138.

⁶² ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 3.

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 01.

⁶⁴ Ibidem, p. 76.

⁶⁵ Ibidem, p. 77.

A negativa de abertura do sistema jurídico aos valores e à moralidade permitiu que o Estado produzisse um Direito marcado pela tirania e pelo descarte do ser humano⁶⁶. Nesse cenário, tem-se a ascensão do fascismo ao poder, na Itália, e do nazismo, na Alemanha, que retiravam da “lei” o fundamento de validade das atrocidades praticadas contra negros, ciganos, homossexuais e, notadamente, judeus durante a Segunda Guerra Mundial.

O direito internacional ainda não protegia os cidadãos, de modo que o Estado poderia, sem interferência do direito internacional, violar os direitos humanos de seus nacionais⁶⁷. Além do mais, as concepções da infalibilidade do legislador, da lei como fonte única do Direito e de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos promoveram o fracasso político do positivismo jurídico porque já não mais se aceitavam, no pensamento jurídico do pós-guerra, tais ideias⁶⁸. Por essa razão, o constitucionalismo mundial sofreu grandes e profundas transformações, após a Segunda Guerra Mundial, com o surgimento do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo.

Os horrores perpetrados por regimes totalitários durante a última grande guerra influenciaram a reconstrução constitucional-democrática da Europa na segunda metade do século XX. Têm-se a positivação de direitos fundamentais em normas supremas dotadas verdadeiramente de força normativa e eficácia jurídica e o reconhecimento da dignidade humana como referencial ético e jurídico a nortear a atividade dos Estados soberanos. Enfim, promove-se a humanização do Direito e da democracia⁶⁹ em substituição ao individualismo e ao patrimonialismo⁷⁰.

O pós-positivismo promoveu a aproximação entre o Direito e a Ética e entre o Direito e a Moral, permitindo-se uma leitura social, humana e moral do Direito, isto é, vai-se além da estrita legalidade, mas não se descuida do direito posto⁷¹, uma vez que houve a abertura dos sistemas jurídicos nacionais ao direito internacional dos direitos humanos e do Direito aos valores. E, no caso brasileiro, os valores vigentes na sociedade estão referenciados no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e positivados na própria Carta Constitucional e nos tratados internacionais de direitos humanos na forma de princípios. Desse modo, os

⁶⁶ ARONNE, Ricardo; MORAES, Denise Bermudez de Oliveira. A valsa do leviatã pós-moderno: velhos cisnes ônticos sobre novos lagos epistêmicos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 56, p. 127-140, 2012, p. 135.

⁶⁷ CASSESE, op. cit., 2009, p. 11.

⁶⁸ BARROSO, op. cit., 2013, p. 264.

⁶⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 31.

⁷⁰ DALLARI, op. cit., 2013, p. 141.

⁷¹ BARROSO, op. cit., 2013, p. 270-272.

valores fundantes de um sistema jurídico condicionam a compreensão e a interpretação dos textos normativos⁷².

Se a época dos Estados-Nação soberanos, especificamente a do período compreendido entre o século XIX e a primeira metade do século XX, fez o constitucionalismo perder a sua vocação histórica de limitação do poder do Estado através dos direitos individuais e a de conceber os direitos fundamentais como direitos do homem, anteriores ao próprio Estado e oponíveis contra a lei estatal⁷³, o neoconstitucionalismo⁷⁴ concebeu, por sua vez, os direitos fundamentais como verdadeiros limites à soberania estatal e como pressupostos da estrutura, da organização e do funcionamento do Estado e de seus Poderes⁷⁵. A principal tarefa do Estado passou a ser a promoção e a proteção dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

O novo constitucionalismo é, na lição de Dalmo de Abreu Dallari, essencialmente humanista, que afirma a supremacia de todos os povos, de todas as pessoas e da dignidade humana na escala de valores, com a Constituição como norma jurídica de maior hierarquia do sistema jurídico⁷⁶. A propósito, Max Möller ensina que:

Em resumo, o neoconstitucionalismo como ideologia apresenta-se como o movimento jurídico de oposição à lógica do Estado decimonônico, onde imperava o legalismo, o culto à lei e a concepção da atividade mecânica de aplicação da lei. Exerce papel decisivo na proposição de uma nova forma de encarar a constituição, já não mais como mero limitador formal do poder, mas como verdadeira norma jurídica, apta a impor deveres e obrigações, tanto ao poder público como aos particulares, porquanto documento jurídico de maior hierarquia nos sistemas jurídicos⁷⁷.

O fim da Segunda Guerra Mundial marcou o reconhecimento da força normativa da Constituição⁷⁸, a emergência do processo de valorização da dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional⁷⁹, influenciando, decisivamente, o processo de

⁷² ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013, p. 80.

⁷³ FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 146-147.

⁷⁴ O termo neoconstitucionalismo é utilizado na presente tese para se referir ao constitucionalismo emergente após a Segunda Guerra Mundial, que passou a reconhecer a força normativa, a centralidade e a supremacia da Constituição e a incorporar valores nos textos constitucionais (BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005).

⁷⁵ FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 147.

⁷⁶ DALLARI, op. cit., 2013, p. 292.

⁷⁷ MÖLLER, op. cit., 2011, p. 26.

⁷⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Frabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 19.

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas**

reconstitucionalização da Europa, marcada pela Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã) de 1949.

As chamadas Constituições democráticas do século XX apresentam-se como norma fundamental do ordenamento jurídico nacional, dotadas de imperatividade e, por isso mesmo, seus preceitos são vinculantes e obrigatórios, bem como instrumento de garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, que passam a ser positivados e custodiados na própria Constituição⁸⁰. Tem-se o resgate da supremacia e da normatividade constitucional⁸¹, tão desprestigiada pelo constitucionalismo liberal-burguês.

A Constituição do segundo pós-guerra já não é mais um documento político ou uma folha de papel, mas norma jurídica dotada de centralidade e supremacia no sistema jurídico nacional. Ela é, nas palavras de Maurizio Fioravanti, norma fundamental de garantia, ou seja, limite à atuação do Estado, e norma fundamental diretiva, que impõe ao poder público tarefas necessárias à promoção dos direitos sociais e da igualdade substancial⁸². A Constituição deixa de ser reguladora para ser instrumento de transformação social.

A consequência do reconhecimento da primazia hierárquica e da força normativa da *Lex Maxima* foi a superação do Estado Liberal de Direito, também denominado Estado Legal de Direito, pelo Estado Constitucional de Direito, inclusive com a consagração de um novo modelo de controle de constitucionalidade, na medida em que a validade das leis passou a depender de sua compatibilidade formal e material com as regras e os princípios constitucionais, colocando em crise o dogma liberal da centralidade e da prevalência absoluta da lei⁸³.

No Estado Liberal de Direito, “[...] la existencia jurídica y el verdadero contenido de los derechos subjetivos individuales dependen de las leyes que específicamente los tratan, y es en estas donde hay que buscarlos”⁸⁴. O pleno exercício e a efetividade dos direitos fundamentais ficavam condicionados à prévia regulamentação legal, independentemente de sua previsão na Constituição.

A proteção constitucional dos direitos fundamentais, no período histórico do constitucionalismo liberal, era frágil e precária porque a sua garantia era inteiramente

regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁸⁰ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 7. ed. Madrid: Trotta, 2016, p. 121.

⁸¹ A realidade constitucional dos Estados Unidos é totalmente diferente da europeia, uma vez que a Constituição americana é dotada de supremacia e força normativa desde o seu nascimento, em 1787.

⁸² FIORAVANTI, op. cit., 2016, p. 127.

⁸³ Ibidem, p. 124.

⁸⁴ A existência jurídica e o verdadeiro conteúdo dos direitos subjetivos individuais dependem das leis que os tratam especificamente, e é nelas onde devem ser procurados. (Ibidem, p. 131, tradução nossa).

reservada à lei, e, diante da ausência de rigidez constitucional e de controle de constitucionalidade, conferia-se ampla liberdade de conformação ao legislador⁸⁵. Por sua vez, no Estado Constitucional de Direito, a Constituição passou a ter força normativa e primazia no ordenamento jurídico e, com isso, a mera garantia legislativa dos direitos fundamentais se transforma em garantia constitucional. Enfim, a relação entre a lei e a Constituição modificou-se substancialmente nos tempos atuais, passando a ser de subordinação da legislação ordinária à constitucional.

Além disso, as novas constituições democráticas, da segunda metade do século XX, fundadas na primazia da dignidade humana, trouxeram cláusulas de abertura do ordenamento jurídico nacional ao direito internacional, cujas fontes se situam no plano supranacional, a exigir a revisitação do conceito de soberania e do Estado-Nação como fonte única e exclusiva do Direito⁸⁶.

O neoconstitucionalismo impulsionou o processo de constitucionalização do direito internacional com a abertura da Constituição às normas internacionais, o reconhecimento da força normativa dos tratados internacionais, a positivação em instrumentos de *hard law* e a instituição de procedimentos e tribunais com funções jurisdicionais ou quase-judiciais destinadas à interpretação e ao cumprimento das normas internacionais⁸⁷.

As constituições do último pós-guerra passaram a prever a inclusão das normas de direito internacional no sistema jurídico nacional em nível superior às leis ordinárias, o que deu legitimidade constitucional ao afastamento da aplicação do direito local em prol do direito internacional dos direitos humanos ou do direito comunitário, no caso da Europa. Os tratados internacionais de direitos humanos passam a ser paradigmas de controle de validade das leis nacionais pelos tribunais constitucionais.

A Constituição nacional já não é mais a única norma suprema do ordenamento jurídico doméstico. O neoconstitucionalismo abriu e ampliou as fronteiras do próprio constitucionalismo, não mais se resumindo ao direito positivo estatal e nacional, retomando, assim, a dupla vocação histórica do movimento constitucional, especialmente ao “[...] del universalismo y la creación de los derechos como *prius*, sobre todo ante poder político, y la posibilidad de oponerlos a ese poder”⁸⁸.

⁸⁵ Ibidem, p. 133.

⁸⁶ FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 148.

⁸⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas**: a relação do direito brasileiro com o direito internacional. Curitiba: Juruá, 2012a, p. 21-22.

⁸⁸ FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 149.

A expansão do direito internacional acelerou-se com o surgimento de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, integrado, especialmente, pelos diversos tratados de direitos humanos e pelos sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos, vocacionados a promover e proteger a dignidade da pessoa humana e a limitar a soberania dos Estados.

A proteção internacional dos direitos humanos está estruturada em dois tipos de sistemas de proteção, quais sejam, o global e os regionais. O sistema global foi institucionalizado pela Organização das Nações Unidas (ONU), após a Segunda Guerra Mundial, cujos principais instrumentos normativos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos foram fundados por organizações continentais, particularmente a Organização dos Estados Americanos, o Conselho da Europa e a União Africana, ao longo da segunda metade do século XX. Os três principais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos são o interamericano, o europeu e o africano, apesar de haver, ainda que de forma incipiente, a formação de um sistema árabe-islâmico de proteção dos direitos humanos, todos com o propósito de promover a proteção e valorização dos direitos humanos na região⁸⁹.

O surgimento de ordens jurídicas internacionais, notadamente de proteção dos direitos humanos, ensejou um processo de mundialização do Direito e, por consequência, de “desnacionalização do Direito”⁹⁰, alicerçado na inevitável interconexão entre o direito interno e os ordenamentos jurídicos internacionais, que se influenciam mutuamente.

A globalização, definida por Anthony Giddens como a “[...] intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa [...]”⁹¹, produziu fenômenos que não são geograficamente localizados, na medida em que pessoas, bens, serviços, informações e capitais ultrapassam com rapidez e facilidade as fronteiras dos Estados⁹².

⁸⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 85-88.

⁹⁰ CASSESE, Sabino. **Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global**. Sevilla: Editorial Derecho Global – Global Law Press, 2010, p. 68.

⁹¹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 76.

⁹² STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 426.

A crise ecológica, o terrorismo e o drama dos refugiados são, exemplificativamente, problemas globais que não podem ser enfrentados pelos Estados isoladamente, uma vez que, com a globalização, eles perderam parte de sua capacidade de controlar eventos econômicos, culturais e políticos que atuam no interior de suas fronteiras⁹³. Há, nos dias atuais, em razão de tais questões, uma verdadeira interdependência entre os Estados, a exigir o enfrentamento coletivo dos principais problemas mundiais⁹⁴.

A globalização, no entanto, não é somente geopolítica, econômica ou informacional, ela é também jurídica, na medida em que se tem o surgimento de fontes normativas e de órgãos de resolução de conflitos alheios ao Estado que produzem impactos jurídicos no âmbito interno estatal, regulando a conduta do Poder Público, dos cidadãos e das empresas nacionais. No campo específico dos direitos humanos, percebe-se o fenômeno da globalização a se iniciar com a existência de textos normativos de matrizes distintas, nacional e internacional, com ambição de regência em um mesmo espaço sociopolítico⁹⁵, com objetivos comuns, quais sejam, promover e proteger o ser humano.

Os ordenamentos jurídicos nacionais, diante da pluralidade de ordens jurídicas, deparam-se com questões que ultrapassam sua própria capacidade de resolução⁹⁶, cuja solução é dependente de uma verdadeira conversação e cooperação entre sistemas jurídicos. As relações e conexões são particularmente intensas entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, ante a existência de ordenamentos jurídicos e tribunais internacionais autônomos, o que impõe aos magistrados locais e internacionais o necessário e imprescindível diálogo jurisdicional⁹⁷.

Enfim, o constitucionalismo contemporâneo do século XXI tem clara vocação supranacional⁹⁸. A abertura das constituições aos valores e aos princípios internacionais acarretou a interconexão entre os ordenamentos jurídicos nacionais e as ordens jurídicas internacionais, que passaram a ter relevância constitucional direta para os indivíduos, para a tutela de seus direitos e, a depender do caso concreto, impondo-se sobre as normas domésticas, inclusive constitucionais⁹⁹.

⁹³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 63-64.

⁹⁴ STIGLITZ, op. cit., 2007, p. 426.

⁹⁵ RAMOS, op. cit., 2012a, p. 15.

⁹⁶ CASSESE, op. cit., 2010, p. 15.

⁹⁷ BARRERA, Tania Giovanna Vivas; CÁRDENAS, Jaime Alfonso Cubides. Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. **Entramado**, Cali, vol. 08, n. 2, p. 184-204, jul./dez. 2012.

⁹⁸ FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 151.

⁹⁹ FIORAVANTI, op. cit., 2016, p. 147.

O constitucionalismo atual ultrapassou as fronteiras do estatal e nacional ao construir ordenamentos jurídicos no plano supranacional, o que é o caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a influenciar e a condicionar a interpretação e a aplicação do direito nacional dos Estados.

Assim, o direito brasileiro não pode ser, em questões envolvendo direitos humanos e direitos fundamentais e diante da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição da República¹⁰⁰, compreendido, interpretado e aplicado isoladamente, mas em conjunto com o direito interamericano de direitos humanos, mediante um diálogo profícuo destinado a melhor proteção do ser humano. Afinal, a proteção dos direitos humanos não é mais restrita aos Estados e à competência exclusiva da jurisdição doméstica, pois envolve instituições internacionais e a sociedade civil global.

2.2 A INTERNALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E DO PROTOCOLO DE SAN SALVADOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A NECESSIDADE DE UM NOVO OLHAR

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos começou a ser formado em abril de 1948, com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, Colômbia, pela Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁰¹, o que propiciou a criação, em 1959, de um órgão de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas, qual seja, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos¹⁰². Em 1969, a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que somente entrou em vigor em 18 de julho de 1978¹⁰³.

Os dois principais instrumentos normativos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos são a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador. O Pacto de San José da Costa Rica positivou unicamente direitos civis e políticos, não consagrando especificamente

¹⁰⁰O referido dispositivo constitucional, ao dispor textualmente que “[...] os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte[...]” (BRASIL, 1988), abriu o sistema jurídico nacional ao direito internacional.

¹⁰¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem** (1948) Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948.

¹⁰² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Criada por resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em Santiago, Chile, em 1959. A CIDH foi formalmente instalada em 1960, quando foi aprovado seu Estatuto.

¹⁰³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), op. cit., 1969.

qualquer direito econômico, social, cultural ou ambiental, limitando-se a determinar, em seu artigo 26, aos Estados-partes que adotem as providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.¹⁰⁴ Esta situação perdurou até 16 de novembro de 1999, data de início de vigência do Protocolo Adicional à Convenção Americana, denominada de Protocolo de San Salvador, que catalogou os chamados direitos econômicos, sociais e culturais¹⁰⁵.

O termo “tratado internacional” é definido pelo art. 2º, § 1º, alínea “a”, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados como “[...] um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. Trata-se da instrumentalização de um acordo escrito, celebrado entre dois ou mais sujeitos de direito internacional, cujos preceitos são juridicamente obrigatórios e vinculantes para as partes envolvidas e cujo descumprimento possibilita a aplicação de uma sanção¹⁰⁶.

A expressão “tratado internacional” é genérica porque alberga, em seu conceito convencional, diversas outras nomenclaturas que são utilizadas para se referir a acordos internacionais que sejam instrumentos de veiculação de preceitos jurídicos, tais como Pacto, Convenção, Protocolo ou Carta¹⁰⁷.

Desse modo, é possível afirmar que, à luz do disposto no art. 2º, § 1º, alínea “a”, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e o Protocolo de San Salvador são exemplos típicos de tratados internacionais cujas disposições são vinculativas e obrigatórias por parte dos Estados signatários¹⁰⁸.

Os tratados internacionais de direitos humanos têm por finalidade precípua a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana, independentemente da nacionalidade da pessoa¹⁰⁹. Assim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo de San

¹⁰⁴ Ibidem

¹⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador" (Adotada em San Salvador, El Salvador, em 17 de Novembro de 1988, no Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral.

¹⁰⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

¹⁰⁷ SHAW, Malcom N.. **Direito internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 74.

¹⁰⁸ DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3. ed., New York: Cornell University Press, 2013, p. 174-175.

¹⁰⁹ BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos

Salvador têm a natureza jurídica especial de tratados internacionais de direitos humanos, na medida em que se destinam à defesa do indivíduo, diferenciando-se, por isso, dos tratados internacionais tradicionais, que são celebrados em benefício recíproco dos Estados pactuantes¹¹⁰.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já assinalou, em sua Opinião Consultiva OC-2/82, de 24 de setembro de 1982, que:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción¹¹¹.

Os tratados internacionais de direitos humanos não são celebrados pelos Estados-partes para a satisfação de seus interesses próprios, mas para atender o interesse comum de todos consistente na proteção do ser humano¹¹². São, portanto, instrumentos de consagração de direitos à pessoa humana e, por conseguinte, de proteção dos indivíduos e não de intercâmbio de obrigações entre Estados soberanos.

As convenções internacionais não se submetem a um processo legislativo previamente definido, ou seja, “[...] não há forma ou procedimentos prescritos ou defesos, e o modo como um tratado será formulado e por quem será realmente assinado dependerá das intenções e da

fundamentais. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, vol. 14, n. 1, p. 13-61, jan./jun. 2014, p. 28.

¹¹⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-46, 2015, p. 12.

¹¹¹ O Tribunal deve enfatizar, no entanto, que os tratados modernos de direitos humanos, em geral e, em particular, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais de tipo tradicional, concluídos em termos de troca recíproca de direitos, em benefício mútuo dos Estados Contratantes. Seu objeto e finalidade são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente da sua nacionalidade, tanto em frente ao seu próprio Estado quanto em relação aos outros Estados Contratantes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem jurídica dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas aos indivíduos sob sua jurisdição. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Opinião Consultiva OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Serie A, N. ° 02, par. 29, tradução nossa).

¹¹² GIALDINO, Rolando E.. **Derecho internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 298.

concordância entre os Estados envolvidos”¹¹³. Inobstante, existe, como regra geral, uma seqüência de fases similarmente adotada pelos diversos Estados¹¹⁴.

No Brasil, o processo legislativo dos tratados internacionais está estabelecido pela Constituição e tem início, geralmente, com a negociação do texto entre os Estados interessados e, sendo bem-sucedida, tem-se a assinatura do tratado. A negociação e a assinatura são atos da competência exclusiva do Presidente da República, por força do disposto no art. 84, inciso VIII, da Constituição da República. Ademais, a assinatura do tratado não obriga, ainda, o Estado porque se trata de ato precário e provisório¹¹⁵. É mera aquiescência do Estado com o conteúdo do tratado¹¹⁶, que depende do referendo do Poder Legislativo e da ratificação presidencial para gerar efeitos jurídicos. Após a assinatura do tratado, o Poder Executivo deverá encaminhar o texto assinado ao Congresso Nacional para, com fulcro no art. 49, inciso I, da Constituição da República, proceder ao seu exame e deliberação.

A Constituição Federal de 1988 adotou, com esteio na teoria dos freios e contrapesos, o regime de colaboração entre os Poderes Executivo e Legislativo porque o aperfeiçoamento dos tratados internacionais exige a comunhão de vontades do Presidente da República, que os celebra, e a dos Deputados Federais e Senadores, que os aprova, por meio de decreto legislativo¹¹⁷.

A celebração de um tratado internacional é um ato complexo porque exige a junção de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Assim, a simples assinatura de um pacto internacional pelo Poder Executivo não produz efeitos jurídicos sem o referendo do Congresso Nacional¹¹⁸.

Referendado o texto do tratado internacional pelo Congresso Nacional, tem-se a fase da ratificação presidencial, que é a celebração definitiva da convenção internacional. Somente após ratificado pelo Presidente da República é que o tratado passa a produzir efeitos jurídicos no âmbito externo, salvo se houver cláusula expressa que estabeleça um número mínimo de Estados-partes ou o decurso de tempo para que comece a vigor¹¹⁹.

O tratado torna-se perfeito e válido, no âmbito internacional, para o Brasil, com a ratificação, cujo instrumento deverá ser depositado em órgão internacional que assume o

¹¹³SHAW, op. cit., 2010, p. 674.

¹¹⁴VARELLA, Marcelo D.. **Direito internacional público**. 4. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

¹¹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

¹¹⁶VARELLA, op. cit., 2012, p. 63.

¹¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 115.

¹¹⁸ RAMOS, op. cit., 2012a, p. 34-35.

¹¹⁹ RAMOS, op. cit., 2012a, p. 38-39.

papel de depositário do instrumento, que, no caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, será a Organização dos Estados Americanos¹²⁰.

A convenção internacional somente produzirá efeitos jurídicos na ordem jurídica interna brasileira com a edição do Decreto de Promulgação pelo Presidente da República¹²¹. Tratando-se, no entanto, de tratados internacionais de direitos humanos, Flávia Piovesan leciona que a Constituição Federal adota uma sistemática de incorporação automática, isto é, não há a necessidade do Decreto de Promulgação para que produzam efeitos jurídicos tanto no âmbito externo como no interno, uma vez que o art. 5º, § 1º, da Carta Magna aduz claramente que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata¹²².

Na verdade, a edição de Decreto de Promulgação deveria ser desnecessária para todos os tratados internacionais, sejam de direitos humanos ou não, visto que a Constituição Federal de 1988 não previu expressamente tal exigência e, o atraso injustificado na edição do aludido decreto, poderá ensejar a responsabilização internacional do Brasil¹²³. Enfim, celebrado o tratado internacional de direitos humanos pelo Poder Executivo, referendado pelo Poder Legislativo Federal e ratificado pelo Presidente da República, a convenção passa a produzir efeitos jurídicos nos planos externo e interno, ou seja, ingressa no ordenamento jurídico nacional.

A Constituição Federal estabeleceu, em seu artigo 5º, § 2º, cláusula de abertura do sistema jurídico brasileiro às ordens jurídicas internacionais, em matéria de direitos humanos, ao ressaltar que os direitos e garantias expressos na Carta Constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela ou por tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹²⁴

A *Lex Maxima* possibilita, portanto, a inclusão no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos os direitos humanos positivados expressa ou implicitamente em convenções internacionais em que o Brasil seja signatário, que permite afirmar que os “direitos fundamentais” e os “direitos humanos” visam a resguardar a primazia da dignidade da pessoa humana e que os seus conteúdos estão, sobretudo com a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, num processo crescente de aproximação e harmonização.

¹²⁰ PIOVESAN, op. cit., 2013, p. 110.

¹²¹ RAMOS, op. cit., 2012a, p. 39.

¹²² PIOVESAN, op. cit., 2012a, p. 117.

¹²³ RAMOS, op. cit., 2012a, p. 40-41.

¹²⁴ BRASIL. 1988. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil, aprovada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

Contudo, os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” não são conceitos sinônimos. Eles têm conteúdos e significados distintos e o “critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva”¹²⁵, de tal sorte que a expressão “direitos fundamentais” se refere àqueles direitos do ser humano consagrados e positivados na Constituição de determinado Estado¹²⁶, ou seja, no plano interno, e protegem as pessoas como membros de uma comunidade política¹²⁷, ao passo que os “direitos humanos” são reconhecidos e positivados em tratados e convenções internacionais e protegem a pessoa em razão de condição humana¹²⁸.

Tal diferenciação fora adotada pela Constituição Federal de 1988, que em seu Título II, utiliza a expressão “direitos fundamentais” para se referir aos direitos nela positivados, reservando o termo “direitos humanos” para se referir, exemplificativamente, nos art. 4º, inciso II, art. 5º, § 3º e art. 109, § 5º, aos consagrados em tratados e convenções internacionais¹²⁹.

Apesar da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, verdade é que os seus conteúdos entrecruzam-se e se assemelham porque ambos abarcam os chamados direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, ou seja, civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, eis que a maioria dos direitos humanos positivados no Pacto de San José da Costa Rica e no Protocolo de San Salvador está também incorporada, na qualidade de direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988.

Aliás, Ingo Wolfgang Sarlet leciona:

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que - no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais - está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente - embora principalmente -, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional¹³⁰.

¹²⁵ SARLET, op. cit., 2015, p. 31.

¹²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 377.

¹²⁷ SARLET, op. cit., 2015, p. 32.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 32.

¹²⁹ O jurista sergipano Carlos Augusto Alcântara Machado afirma que a Constituição Federal de 1988 é um marco civilizatório na história jurídica nacional, ao promover uma verdadeira ruptura de paradigmas na evolução constitucional brasileira, eis que foi pioneira na utilização do termo “direitos humanos”, não havendo registros específicos de tal expressão nas Cartas de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. (MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica**: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017, p. 137).

¹³⁰ SARLET, op. cit., 2015, p. 32-33.

A Constituição da República atribui aos tratados internacionais de direitos humanos a natureza jurídica de norma constitucional¹³¹, o que significa dizer que os direitos humanos, positivados na Convenção Americana e no Protocolo de San Salvador devem ser tutelados no plano interno da jurisdição brasileira e na esfera do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, enquanto os direitos fundamentais, de matriz constitucional, são justiciáveis apenas e tão somente no campo da jurisdição brasileira.

A ascensão e a expansão dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos deram ensejo ao surgimento de questões relativas à relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente no que se refere a conflitos entre as normas jurídicas domésticas e a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador.

As normas internas brasileiras e as normas internacionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos têm vigência e eficácia no mesmo espaço social, o que pode resultar em situações de convergência ou de divergência entre tais normas de origem distintas. E as antinomias existentes entre o direito internacional e o direito interno foram objeto de reflexão por parte de duas teorias que visam a resolver o problema apontando qual norma deverá prevalecer em caso de conflito, quais sejam: a monista e a dualista.

A teoria dualista postula que o direito interno e o direito internacional são dois sistemas jurídicos distintos que não se superpõem¹³², uma vez que o direito internacional disciplina as relações entre os Estados soberanos e o direito doméstico regula as relações entre o Estado e os seus cidadãos e as relações entre indivíduos¹³³.

As normas jurídicas dos sistemas jurídicos interno e internacional existem, segundo o dualismo, separadamente, não havendo a possibilidade de interação e de colisão entre tais normas e nem podem ter a pretensão de revogar umas às outras, na medida em que “[...] o direito interno e o direito internacional não regem as mesmas relações, é impossível que haja jamais uma concorrência entre as fontes dos dois sistemas jurídicos”¹³⁴. A concepção do dualismo jurídico elaborada pelo jurista alemão Karl Heinrich Triepel prevaleceu no período de 1648 a 1918¹³⁵.

¹³¹ PIOVESAN, op. cit., 2013, p. 114.

¹³² TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, Ano XVII, n. 06, p. 07-64, out. 1966, p. 15-16.

¹³³ Ibidem, p. 10-11.

¹³⁴ Ibidem, p. 16.

¹³⁵ CASSESE, op. cit., 2009, p. 13.

A propósito:

[...] gli ordinamenti statali e quello internazionale costituiscono due ordini o sistemi giuridici diversi e nettamente distinti. Ciò che distingue i due ordini sono sia i soggetti, sia le fonti del diritto, sia il contenuto delle norme di ciascun ordine. I sistemi giuridici interni hanno come soggetti principali gli individui e come fonti la costituzione, la legge ed i regolamenti; inoltre queste fonti sono strutturate in modo piramidale e gerarchico (la costituzione è la fonte superiore, cui è subordinata la legge, alla quale a sua volta sono subordinati i regolamenti amministrativi; ne consegue che una norma prodotta da una fonte subordinata non può derogare ad una norma prodotta da una fonte superiore). Invece il diritto internazionale ha come soggetti principali gli Stati sovrani e non riconosce alcuna soggettività o personalità giuridica agli individui. Inoltre, nell'ordinamento internazionale non esiste una struttura gerarchica delle fonti, dato che i trattati e la consuetudine (concepita come fonte a sé o come mero *pactum tacitum*, e cioè dunque in sostanza come una variante dei trattati) sono sullo stesso piano, talché tra norme prodotte da queste fonti diverse valgono i principi che in genere regolano i rapporti tra norme prodotte dalla medesima fonte¹³⁶.

A teoria dualista não admite que os tratados internacionais possam gerar efeitos imediatos e automáticos na ordem jurídica interna dos Estados, eis que tais documentos normativos não são fontes do direito doméstico. A aplicação do direito internacional no terreno nacional dos Estados demandava a sua transformação em norma interna, de modo que, com o decreto de promulgação, o tratado, na visão dualista, não se torna obrigatório e vinculativo para os cidadãos do Estado, mas o próprio decreto, a norma interna, que se torna vinculativa para os súditos do Estados¹³⁷. Além disso, os conteúdos das normas internacionais e nacionais são diversos porque o direito internacional regula as relações entre os Estados soberanos, e as normas domésticas disciplinam as relações entre cidadãos e entre estes e o Estado¹³⁸.

Desse modo, jamais ocorreria antinomia entre o tratado internacional e o direito interno, mas sim entre as normas estatais domésticas, quais sejam, uma norma interna qualquer e o decreto de promulgação. Não haveria, assim, hierarquia entre o direito

¹³⁶ Os ordenamentos estatais e internacionais constituem duas ordens ou sistemas jurídicos diferentes e claramente distintos. O que distingue as duas ordens é tanto os sujeitos, tanto as fontes do direito quanto o conteúdo das normas de cada ordem. Os sistemas jurídicos internos têm os indivíduos como sujeitos principais e como fontes a constituição, a lei e os regulamentos; além disso, essas fontes são estruturadas de forma piramidal e hierárquica (a constituição é a fonte superior, à qual a lei está subordinada, à qual os regulamentos administrativos estão subordinados, segue que uma norma produzida por uma fonte subordinada não pode derogar uma norma produzida por uma fonte superior). Por outro lado, o direito internacional tem os estados soberanos como seus principais sujeitos e não reconhece qualquer subjetividade ou personalidade jurídica para os indivíduos. Além disso, no sistema jurídico internacional não há estrutura hierárquica das fontes, dado que os tratados e o costume (concebido como uma fonte para si próprio ou como mero *pactum tacitum*, ou seja, essencialmente como uma variante dos tratados) estão no mesmo plano, de modo que entre as normas produzidas por essas diferentes fontes valem os princípios que geralmente regem as relações entre as normas produzidas pela mesma fontes. (CASSESE, op. cit., 2009, p. 13-14, tradução nossa).

¹³⁷ TRIEPEL, op. cit., 1966, p. 17.

¹³⁸ CASSESE, op. cit., 2009, p. 14.

internacional e o direito nacional, mas apenas entre as leis nacionais e o ato normativo de internalização ou incorporação do tratado ao direito interno¹³⁹.

A teoria dualista encontrou forte resistência pela teoria monista, que sustenta a ideia de que o direito internacional e o direito interno formam uma unidade lógica¹⁴⁰, um único sistema jurídico, cujas partes têm como fonte comum a norma originária hipotética imaginada por Hans Kelsen, que é o principal defensor do monismo jurídico. Para o jurista austríaco, o direito internacional e o direito nacional não são dois sistemas jurídicos distintos, mas partes de um único sistema¹⁴¹.

Ocorre que, no século XIX e primeira metade do século XX, a teoria dualista melhor se ajustava à realidade internacional do momento, em que os Estados soberanos não se submetiam a regras ou valores da comunidade internacional¹⁴², prevalecendo-se a lógica emergente da Paz de Westfalia, que inadmitia intervenções de organismos internacionais em benefício dos direitos humanos porque importariam em violação da soberania estatal sobre questões internas¹⁴³.

Segundo Antonio Cassese, “[...] rispetto al questo periodo, la concezione monistica kelseniana no rifletteva una realtà effettuale, costituendo piuttosto una concezione futuristica e avveniristica [...]”¹⁴⁴ porque propugnava a existência de um único sistema jurídico, no qual o direito internacional e o direito nacional seriam partes, com a superioridade do direito internacional¹⁴⁵. Contudo, a realidade do momento era superioridade do direito interno sobre o direito internacional, que nada mais seria do que uma exteriorização dos sistemas jurídicos estatais¹⁴⁶, eis que a supremacia constitucional permitiu a solidificação do monismo jurídico com primazia do direito nacional, leia-se, da Constituição em relação ao direito internacional.

As relações entre os ordenamentos jurídicos estatais e a ordem jurídica internacional mudaram radicalmente ao longo da segunda metade do século XX, notadamente com a emergência dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos e a propagação de

¹³⁹ VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. A relação entre o direito interno e direito internacional. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, Assunção, Ano 3, nº 6, p. 207-225, Agosto 2015, p. 211.

¹⁴⁰ TRIEPEL, op. cit., 1966, p. 18.

¹⁴¹ KELSEN, op. cit., 2009, p. 365.

¹⁴² CASSESE, op. cit., 2009, p. 18.

¹⁴³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 90.

¹⁴⁴ Em comparação com este período, a concepção monista kelseniana não refletia uma realidade real, constituindo uma concepção futurista e inovadora. (CASSESE, op. cit., 2009, p. 18, tradução nossa).

¹⁴⁵ KELSEN, op. cit., 2009, p. 377.

¹⁴⁶ CASSESE, op. cit., 2009, p. 19.

tratados internacionais de direitos humanos com a função de limitar o poder estatal em prol da paz e da dignidade do ser humano.

As mudanças ocorridas no sistema jurídico internacional no pós-guerra, sobretudo o desejo de manutenção da paz e a promoção e proteção dos direitos humanos, permitem a adoção paulatina da teoria monista de Hans Kelsen porque o ordenamento jurídico internacional já não mais podia ser concebido como uma esfera rigidamente isolada dos sistemas jurídicos dos Estados¹⁴⁷. As normas internacionais passaram a interagir e a se relacionar com as normas estatais domésticas, condicionando e influenciando a interpretação e a aplicação do direito interno¹⁴⁸.

Os tratados internacionais de direitos humanos positivam direitos materiais e processuais aos indivíduos que devem ser efetivados pelos Estados independentemente do que dispõem os seus sistemas jurídicos internos¹⁴⁹. O ser humano passa a ter subjetividade jurídica internacional.

O direito internacional não mais se ocupa exclusivamente das relações entre Estados soberanos, mas tem também como objeto de disciplina o ser humano, atribuindo-o direitos e obrigações na órbita internacional. Enfim,

Il diritto internazionale si sta trasformando poco a poco da diritto *inter partes*, ossia da un sistema normativo che regola i rapporti tra gli Stati in maniera orizzontale, ad un sistema normativo che, almeno in certa misura e malgrado numerosi limiti, agisce *super partes*, ossia come un insieme di comandi e divieti giuridici che disciplinano le relazioni internazionali “dall’alto”¹⁵⁰.

Há, ao longo da segunda metade do século XX, como já ressaltado alhures, uma gradual abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais aos valores e às normas da comunidade internacional, notadamente do direito internacional dos direitos humanos. Os Estados soberanos criam regras constitucionais específicas de diálogo entre o direito interno e o direito internacional, o que foi o caso do Brasil¹⁵¹.

A situação jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito interno do sistema jurídico é fator de grande importância para as devidas interpretação e aplicação do

¹⁴⁷ Ibidem, p. 27.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 28.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 28.

¹⁵⁰ O direito internacional está se transformando gradualmente de um direito interpartes, ou seja, de um sistema normativo que regula as relações entre os estados de maneira horizontal, em um sistema normativo que, pelo menos até certo ponto e apesar de numerosas limitações, atua como super partes, ou seja, como um conjunto de comandos e proibições jurídicas que regem as relações internacionais "de cima". (CASSESE, op. cit., 2009, p. 29-30, tradução nossa).

¹⁵¹ VIEIRA; VEDOVATO, op. cit., 2015, p. 208.

Direito Internacional dos Direitos Humanos pelo Poder Judiciário nacional e é estabelecida pelas Constituições de cada Estado¹⁵².

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 102, inciso III, alínea “b”, que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as ações judiciais decididas em única ou em última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado internacional. Por essa razão, parte da doutrina brasileira entende que os tratados internacionais, com exceção daqueles que veiculam direito humanos, têm a natureza jurídica de norma infraconstitucional¹⁵³.

Até 1977, o entendimento jurídico prevalente na jurisprudência pátria era a de que as convenções internacionais teriam primazia em relação ao Direito interno¹⁵⁴, posicionamento que somente veio a ser modificado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE¹⁵⁵, oportunidade em que se firmou novo entendimento sobre a questão, no sentido de que os tratados internacionais, inclusive de direitos humanos, teriam *status* de norma infraconstitucional federal¹⁵⁶.

Por consequência, assentou-se que em caso de conflito entre tratado internacional e lei interna, aplicar-se-ia o critério da *lex posterior derogat priori*, isto é, a norma posterior revoga a anterior naquilo que com ela for incompatível. Adota-se, nesse caso, o critério cronológico de solução de antinomias¹⁵⁷, de modo que o texto normativo externo ingressaria no ordenamento jurídico nacional com *status* de lei ordinária federal.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, é no sentido, portanto, de que, em caso de antinomia, uma lei revoga o tratado internacional anterior. Contudo, tal posicionamento jurisdicional é manifestamente incompatível com o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que determina que um Estado não pode invocar um dispositivo de seu direito interno como justificativa para não cumprir uma obrigação internacional¹⁵⁸.

¹⁵² HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. **Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos**. v. 39, p. 71-99, janeiro/julho de 2004, p. 75.

¹⁵³ VARELLA, op. cit., 2012, p. 88. Ver, no mesmo sentido: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁵⁴ MAZZUOLI, op. cit., 2011, p. 390.

¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004/SE. Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Notas Promissórias. Aval Aposto à Nota Promissória não Registrada no Prazo Legal. Impossibilidade de ser o Avalista Acionado mesmo por vias Ordinárias. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento 01 de junho de 1977. Divulgação: **Diário [de] Justiça** de 29/12/1977

¹⁵⁶ PIOVESAN, op. cit., 2013, p. 123.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed., Brasília: Editora UNB, 1999, p. 92.

¹⁵⁸ PIOVESAN, op. cit., 2013, p. 125.

A República Federativa do Brasil somente pode se retirar de um tratado internacional através da denúncia, que é, na lição de Valério de Oliveira Mazzuoli, o “[...] ato unilateral pelo qual um partícipe em dado tratado internacional exprime sua vontade de deixar de ser parte no acordo anteriormente firmado”¹⁵⁹. E a revogação de um tratado internacional por uma lei ordinária federal não pode se substituir ao instrumento jurídico da denúncia¹⁶⁰.

A tese abraçada pelo Supremo Tribunal Federal em 1977 foi reiterada pelo Pretório Excelso já sob a égide da Constituição de Federal de 1988, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 72.131-RJ, no qual se discutiu à época caso envolvendo a prisão civil por dívida do depositário infiel, proclamando-se na ocasião que a Convenção Americana não tinha primazia hierárquico-normativo sobre o direito interno.

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º no art. 5º da Constituição da República para afirmar que os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados segundo o rito processual legislativo das emendas à Constituição, ou seja, aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, teriam *status* de norma constitucional¹⁶¹.

Em 02 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal definiu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP¹⁶², que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em desconformidade com o disposto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal têm *status* de norma supralegal, isto é, estariam em um nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima da legislação ordinária.

Com a introdução do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo que “[...] 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 [...]”, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário tombado sob número 466.343-SP¹⁶³, a tese do duplo estatuto dos tratados de direitos

¹⁵⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.

¹⁶⁰ PIOVESAN, op. cit., 2013, p. 125.

¹⁶¹ BRASIL. 1988. Constituição. Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União** - Seção 1 - 31/12/2004, Página 9. Poder Legislativo. Brasília, DF, 2004.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário N.º 466.343-1/SP. Recurso Extraordinário. Prisão Civil. Depositário Infiel. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Negativa de Seguimento. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 04 de setembro de 2012. Publicação: **Diário [de] Justiça eletrônico** 179 de 11/09/2012.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-SP. Depositário Infiel. Alienação

humanos, ou seja, os tratados que não forem aprovados pelo rito estabelecido no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal têm natureza supralegal e os aprovados de acordo com o rito especial têm natureza constitucional¹⁶⁴.

O novel entendimento da Suprema Corte brasileira abraçou a teoria monista com supremacia da Constituição, uma vez que alçou os tratados internacionais de direitos humanos, não aprovados na forma especial do art. 5º, § 3º, à posição intermediária entre a Constituição e as leis federais, qual seja, a de normas supralegais.

Contudo, a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos pode ser identificada a partir de um critério substancial e não apenas formal, no sentido de que a sua qualidade constitucional não depende unicamente da observância de procedimentos ou de formas pré-estabelecidas para a sua internalização no ordenamento jurídico nacional, mas também do conteúdo que veicula e disciplina.

O reconhecimento do caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos perpassa necessariamente pela distinção entre constituição formal e constituição material. E mais do que isso, pela compreensão de que o conceito de constituição “não tem como deixar de se ver carregado da ideologia do constitucionalismo”¹⁶⁵.

Tradicionalmente, as constituições podem ser classificadas, como bem ensina Ingo Wolfgang Sarlet, em constituições em sentido formal e constituições em sentido material¹⁶⁶. A constituição formal, inicialmente entendida como um conjunto de normas jurídicas que disciplina o exercício do poder político e estabelece como deve ser a estrutura do Estado, foi sacralizada pelo constitucionalismo liberal, acarretando um nítido distanciamento entre a constituição formal e a material¹⁶⁷. A consequência desta separação foi a negação da existência de outras fontes de direito constitucional, para além do poder constituinte, instituidor da constituição formal e das emendas constitucionais¹⁶⁸.

Com o passar do tempo, as noções de constituição material e constituição formal foram retomadas pela teoria do direito, em especial por Hans Kelsen, com o objetivo de

Fiduciária. Decretação de Medida Coercitiva. Inadmissibilidade Absoluta. Insubsistência de previsão constitucional e das normas subalternas. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 03/12/2008. Divulgação: Diário [de] Justiça eletrônico de 05/06/2009.

¹⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012b, p. 239-240.

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 69.

¹⁶⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Manual de la constitución argentina**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1999, p. 22-23.

¹⁶⁸ EKMEKDJIAN, op. cit., 1999, p. 22-23.

aclarar a sua ideia de hierarquia normativa¹⁶⁹. Para o jurista austríaco, a “constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de prescrições especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas”¹⁷⁰, enquanto que a constituição em sentido material consiste na “norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”¹⁷¹.

A constituição em sentido formal se revela como um conjunto de normas, que regula a vida da sociedade e do Estado, instituídas pelo poder constituinte e plasmadas em um texto solene, com primazia em relação às demais leis estatais¹⁷². A definição de constituição formal não é determinada, como se vê, pelo seu conteúdo, mas pelo fato de ter sido elaborada por um poder constituinte através de um processo especial e qualificado, diverso das leis comuns, e de ser dotada de hierarquia¹⁷³.

As normas formalmente constitucionais são todas aquelas inseridas no texto solene da constituição, independentemente do seu conteúdo, desde que sejam provenientes, reitere-se, do poder constituinte, originário ou derivado, a englobar, portanto, as normas constitucionais originárias, as emendas à constituição e, em relação especificamente à Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma do rito especial previsto no art. 5º, § 3º¹⁷⁴.

Por sua vez, a constituição material, na concepção kelseniana, incluiria apenas e tão somente as normas que regulam o processo legislativo dos atos normativos, ao passo que a constituição formal compreenderia normas relativas ao modo de produção das leis, bem como disposições outras que não se referem necessariamente à edição da legislação infraconstitucional, razão pela qual seria possível a existência de outras normas constitucionais localizadas fora do texto solene da constituição, desde que elas regulem algum aspecto da criação das leis¹⁷⁵. Se assim for, tais normas seriam partes da constituição material.

A função essencial da constituição em sentido substancial é, para Hans Kelsen, determinar não somente os órgãos legislativos e o processo de produção normativa, mas

¹⁶⁹ CONTRERAS, Juan Manuel Terán y. El concepto de constitución material y la jerarquización normativa. *Alegatos*, Cidade do México, n. 83, p. 15-30, jan./abr. 2013, p. 16.

¹⁷⁰ KELSEN, op. cit., 2005, p. 182.

¹⁷¹ KELSEN, op. cit., 2009, p. 247.

¹⁷² VAZ, Manuel Afonso. **Teoria da constituição: o que é uma constituição, hoje?** Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 55.

¹⁷³ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 70.

¹⁷⁴ MENDES; BRANCO, op. cit., 2013, p. 57-58.

¹⁷⁵ CONTRERAS, op. cit., 2013, p. 17.

também, de algum modo, o conteúdo das leis¹⁷⁶. Na lição de Juan Manuel Terán y Contreras, a regulação da criação das leis por outras de maior hierarquia pode se referir: a) ao órgão legislador, ou seja, a entidade competente para editar a lei; b) ao rito legislativo; e c) ao conteúdo possível da norma a ser criada, de modo que se alguma norma disciplinar alguns desses aspectos relativos à criação das leis, será suficiente para considerá-la integrante da constituição material¹⁷⁷.

Na perspectiva kelseniana, a constituição material pode determinar o conteúdo das leis, sendo que tais estipulações podem ser positivas ou negativas, isto é, a Carta Magna pode vedar o Estado a legislar sobre determinado tema, como também pode impor que as leis tenham certos conteúdos positivos¹⁷⁸. E os direitos fundamentais e os direitos humanos atribuem obrigações e vedações dirigidas aos órgãos dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo¹⁷⁹, determinando, em certo modo, o conteúdo das leis. Logo, sobre esse aspecto meramente instrumental, os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja signatário são partes da constituição material brasileira, uma vez que coloca limites à atividade do legislador nacional.

A constituição é dotada de supremacia, na visão de Hans Kelsen, ou seja, a Carta Magna “representa o escalão de Direito positivo mais elevado”¹⁸⁰, pelo fato dela estabelecer o modo de produção das leis, bem como porque editada por um poder constituinte originário, autônomo e ilimitado e estabelecido, em seu interior, um processo legislativo especial destinado a editar as reformas constitucionais¹⁸¹.

Assim,

[...] la adecuación de los actos a la Constitución, es decir, su constitucionalidad, dependerá únicamente del cumplimiento de los procesos formales de creación normativa, pero no de la observancia de contener y respetar principios y derechos fundamentales, o de cualquier otro tipo de contenido material¹⁸².

¹⁷⁶ KELSEN, op. cit., 2005, p. 380.

¹⁷⁷ CONTRERAS, op. cit., 2013, p. 17.

¹⁷⁸ KELSEN, op. cit., 2005, p. 373.

¹⁷⁹ KELSEN, op. cit., 2005, p. 379.

¹⁸⁰ KELSEN, op. cit., 2009, p. 247.

¹⁸¹ ROSARIO-RODRÍGUEZ, Marcos Francisco del. La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Dikaion*, Chía, ano 25, v. 20, n. 1, p. 97-117, jun. 2011, p. 105.

¹⁸² [...] a adequação dos atos à Constituição, ou seja, sua constitucionalidade, dependerá exclusivamente do cumprimento dos processos formais de criação normativa, mas não da observância conter e respeitar princípios e direitos fundamentais, ou qualquer outro tipo de conteúdo material (ROSARIO-RODRÍGUEZ, op. cit., 2011, p. 104, tradução nossa).

Porém, ao termo “material” deve ser atribuído um significado “substancial” e não apenas de uma simples garantia procedimental¹⁸³, eis que, como afirma Luís Prieto Sanchís,

[...] la Constitución ya no es solo la norma suprema dirigida a condicionar de forma directa la labor legislativa y aplicable por los jueces únicamente a través del tamiz de la ley, sino que es la norma suprema que pretende proyectarse sobre el conjunto de los operadores jurídicos a fin de configurar en su conjunto el orden social¹⁸⁴.

A constituição material deve ser entendida como um “conjunto de normas em que se percebe o caráter constitucional a partir de seu conteúdo, de sua matéria”¹⁸⁵, independentemente de terem sido produzidas por um poder constituinte ou por um procedimento qualificado e distinto do processo legislativo das leis infraconstitucionais. É possível, portanto, identificar normas constitucionais, fora do texto formal da Constituição, quando elas disciplinarem matérias com dignidade constitucional intrínseca¹⁸⁶.

Não é por outro motivo, que Ingo Wolfgang Sarlet leciona que “é possível falar de direito constitucional apenas em sentido material”¹⁸⁷, arrematando, inclusive, que a constituição material não depende necessariamente da existência uma constituição formal, pelo simples fato de que todo e qualquer Estado possui uma constituição enquanto conjunto de princípios e regras sobre o modo de estruturação, organização e exercício do poder político e da vida social¹⁸⁸.

Retomando-se a afirmação de Gilmar Ferreira Mendes e de Paulo Gustavo Gonet Branco, acima reportada, de que o conceito de constituição não pode ser construído dissociado da ideologia do constitucionalismo, ou seja, de que Constituição e constitucionalismo são inseparáveis, defende-se que o significado de constituição em sentido material deve ser construído necessariamente a partir dos ideais do constitucionalismo.

A função primeira da constituição foi limitar os excessos do poder político, agregando-se a este papel, posteriormente, com a evolução do constitucionalismo, a defesa

¹⁸³ CASTELLANO, Danilo. Constitución y poder constituyente. In: AYUSO, Miguel (ed.). **El problema del poder constituyente: constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 15-34. p. 16.

¹⁸⁴ [...] a Constituição já não é só a norma suprema destinada a condicionar de forma direta o trabalho legislativo e aplicável pelos juízes unicamente através da peneira da lei, mas é a norma suprema que pretende projetar-se sobre todos os operadores jurídico a fim de configurar em seu conjunto a ordem social (SANCHÍS, Luís Prieto. Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría de la Constitución: ensayos escogidos**. Cidade do México: Porrúa, 2006, p. 302-342, p. 319, tradução nossa).

¹⁸⁵ OMMATI, op. cit., 2017, p. 09.

¹⁸⁶ VAZ, op. cit., 2012, p. 55.

¹⁸⁷ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 71.

¹⁸⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 71.

dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana¹⁸⁹. Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, para se tratar de uma verdadeira constituição não basta um documento, é mister um conteúdo específico, que obedeça os valores fundamentais revelados pelo constitucionalismo, razão pela qual as normas da constituição devem estabelecer limites jurídicos ao poder estatal e serem informadas pela garantia de direitos e liberdades da pessoa humana, pela democracia, pela separação dos poderes, pela distinção entre poder constituinte e poderes constituídos e pela possibilidade de controle judicial e político do poder¹⁹⁰.

A vocação histórica do constitucionalismo é “la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder”¹⁹¹, ou seja, “el antifascismo es un rasgo genético del paradigma constitucional”¹⁹². Por isso, a limitação e o controle do poder político através dos direitos da pessoa humana são temas de intrínseca dignidade constitucional, eis que representativos dos ideais do constitucionalismo. Segundo Karl Loewenstein, não haverá uma autêntica constituição sem o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais e sem a sua efetiva proteção contra a intervenção abusiva dos detentores do poder, convertendo-se a proteção e a promoção dos direitos do homem no núcleo da constituição material¹⁹³.

A razão de ser da constituição nos dias atuais não é apenas controlar o Leviatã, mas, sobretudo, o respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. E mais, a proclamação de tratados internacionais de direitos humanos ao longo dos séculos XX e XXI fez, inegavelmente, o constitucionalismo contemporâneo projetar-se no direito internacional. Por isso,

Los derechos humanos de algún modo restituyeron el valor material de la Constitución, fortaleciendo su fuerza normativa y fungiendo como auténticas coordenadas para el desarrollo de los Estados. Por ello, no es posible separar o concebir a los sistemas constitucionales sin su aspecto sustancial, pero tampoco es viable pensar en principios abstractos inmaterializables, que carezcan de eficacia, precisamente por falta de la fuerza normativa¹⁹⁴.

¹⁸⁹ ROSARIO-RODRÍGUEZ, op. cit., 2011, p. 107.

¹⁹⁰ CANOTILHO, op. cit., 2011, p. 1130.

¹⁹¹ “A busca pelo homem político das limitações ao poder absoluto exercido pelos detentores do poder” (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel Derecho, 2018, p. 150, tradução nossa).

¹⁹² “O antifascismo é uma característica genética do paradigma constitucional” (FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Editorial Trotta, 2018, p. 14).

¹⁹³ LOEWENSTEIN, op. cit., 2018, p. 153-154.

¹⁹⁴ Os direitos humanos de alguma forma restauraram o valor material da Constituição, fortalecendo sua força normativa e atuando como coordenadas autênticas para o desenvolvimento dos Estados. Portanto, não é possível separar ou conceber aos sistemas constitucionais sem o seu aspecto substancial, mas também não é viável pensar em princípios abstratos imaterializáveis, que careçam de efetividade, justamente por falta de força normativa (ROSARIO-RODRÍGUEZ, op. cit., 2011, p. 112, tradução nossa).

O pensamento kelseniano sobre a supremacia formal da constituição foi adotado, ao longo do século XX, pelo positivismo jurídico, porém com a emergência do direito internacional dos direitos humanos e a consagração da dignidade da pessoa humana como elemento central do sistema jurídico, fez-se mister controlar a validade das normas jurídicas também sob o aspecto substancial¹⁹⁵, reconhecendo-se a existência de normas constitucionais fora do texto formal da *Lex Maxima*. Como diz Constanza Núñez Donald,

[...] las constituciones no son textos cerrados y hacen remisiones a otras reglas o principios que adquieren valor en la práctica constitucional, es posible sostener que en muchos ordenamientos jurídicos existen derechos o principios que no se encuentran directamente consagrados en el texto constitucional, pero que sí forman parte de este¹⁹⁶.

A Constituição, no século XXI, fragmentou-se. As normas constitucionais, insista-se, não se resumem apenas àquelas expressamente previstas na Constituição Federal de 1988, eis que, como registra o jurista Rodrigo Uprimny Yepes, “una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales [...] pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita”¹⁹⁷.

Na lição de Carla Huerta Ochoa, “el sentido material se puede entender como el contenido de la Constitución, esto es, la función de las normas constitucionales, que consiste en delimitar los derechos que deben ser protegidos y conformar el sistema jurídico y los órganos de poder”¹⁹⁸. Então, as normas substancialmente constitucionais fazem referência, desde uma perspectiva orgânica e funcional, à estruturação do Estado e à organização dos

¹⁹⁵ ROSARIO-RODRÍGUEZ, op. cit., 2011, p. 105.

¹⁹⁶ [...] as Constituições não são textos fechados e fazem remissão a outras regras ou princípios que adquirem valor na prática constitucional, é possível argumentar que em muitos ordenamentos jurídicos existem direitos ou princípios que não estão diretamente consagrados no texto constitucional, mas que forma parte deste. (DONALD, Constanza Núñez. Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. **Anuário de Derechos Humanos**, Santiago, n. 11, 157-169, 2015, 158, tradução nossa).

¹⁹⁷ Uma constituição pode ser normativamente algo mais do que o próprio texto constitucional, isto é, que as normas constitucionais [...] podem ser mais numerosas do que aquelas que podem ser encontradas nos artigos da constituição escrita. (YEPES, Rodrigo Uprimny. **Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal**. 2. ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2008, p. 31, tradução nossa. Disponível em: <http://www.cejamericas.org/BoletinNexos/publicaciones/DialImpactodelcontroldeconvencionalidadLibroBloqueDeConstitucionalidadyProcesoPenal.pdf>. Acesso em: 30 de janeiro de 2019).

¹⁹⁸ O sentido material pode ser entendido como o conteúdo da Constituição, ou seja, a função das normas constitucionais, que consiste em delimitar os direitos que devem ser protegidos e moldar o sistema jurídico e os órgãos do poder. (OCHOA, Carla Huerta. Constitución en sentido material. In: MAC-GREGOR; Eduardo Ferrer; RAMÍREZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (Coord.). **Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional**. 2. ed. Cidade do México: Universidad Autónoma de México, 2014, p. 197-199, p. 197. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2019, tradução nossa).

poderes, bem como aos direitos e garantias dos indivíduos¹⁹⁹. Aliás, o próprio Hans Kelsen afirmou que “uma lista de liberdades ou direitos dos cidadãos é uma parte típica das constituições modernas”²⁰⁰. Enfim,

Certo é que se verifica algum consenso a respeito de que a constituição material (esteja, ou não, regulada num texto constitucional) é composta: (a) pelas normas fundamentais a respeito da estruturação, organização e exercício do poder; (b) pelos direitos e garantias fundamentais; (c) pelas normas sobre a garantia da constituição²⁰¹.

A ideia da existência de normas constitucionais fora do texto solene da Constituição é plenamente compatível com a noção de constituição formal e escrita, eis que a cláusula de abertura positivada no art. 5º, § 2º, da Carta Magna permite, por exemplo, o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos e de direitos humanos consagrados em instrumentos normativos internacionais, pela simples razão de que os tratados de direitos humanos visam proteger a dignidade da pessoa humana²⁰².

Os direitos humanos são matérias essencialmente constitucionais. Por isso, também sobre esse aspecto substancial, os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil seja signatário são partes da constituição material brasileira, uma vez que veiculam conteúdo constitucional e contêm características próprias de uma constituição, na medida em que, ao se preocupar com a posição do indivíduo frente ao Estado, impõe ao ente público deveres jurídicos de respeito, promoção e proteção de tais direitos, controlando, dessa forma, o exercício do poder político.

Como diz Alexandre Coutinho Pagliarini, “a partir da consideração de que a Constituição nasceu, por escrito e formalmente, no final do século XVIII para cumprir a função de estruturar o Estado e a de proclamar e garantir Direitos Fundamentais, só se pode inferir que normas de Direitos Humanos são normas materialmente constitucionais”²⁰³.

O professor da Universidade de Granada Enrique Guillén López sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos, mais especificamente a Convenção Europeia, em razão do seu conteúdo, possuem algumas características próprias de um texto constitucional, eis que estabelecem limites ao poder político estatal, reconhecem direitos diretamente

¹⁹⁹ OCHOA, op. cit., 2014, p. 198.

²⁰⁰ KELSEN, op. cit., 2005, p. 379.

²⁰¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 71.

²⁰² YEPES, op. cit., 2008, p. 55.

²⁰³ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Num contexto mundial de unilateralismos exacerbados, seria possível uma Corte Constitucional Internacional? **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, vol. 9, n. 16, jan./jun. 2017, p. 27-38, p. 33.

vinculados à dignidade da pessoa humana e preservam a democracia e o Estado de Direito²⁰⁴.
A esse respeito,

[...] el CEDH ha devenido una suerte de Constitución, reducida a sus elementos básicos: los derechos fundamentales; un texto constitucional que pone límites al poder y asegura ámbitos inmunes que habrán de ser reestablecidos en el caso de que sean quebrados; un texto constitucional, que tiene que justificar que se desentiende de la supremacía porque está desligado de la estatalidad; que no es producto de un poder constituyente canónico; y que no puede ser, por definición una síntesis perfecta de la historia de los Estados miembros porque a lo que aspira es a un futuro compartido²⁰⁵.

Além disso, o *locus* de positivação dos direitos fundamentais é a Carta Magna²⁰⁶, vale dizer, “sua sede é a Constituição”²⁰⁷. Destarte, não se admite a existência de direitos materialmente fundamentais oriundos de textos normativos infraconstitucionais, de modo que a legislação ordinária apenas regulamenta ou concretiza os direitos fundamentais implícitos ou positivados na Constituição, excluindo-se, portanto, a legislação infraconstitucional como fonte de direitos materialmente fundamentais²⁰⁸. Se assim é, com base nessas premissas, não se pode admitir tratados supralegais e infraconstitucionais, como fontes de direitos fundamentais materiais.

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal promoveu a abertura do sistema de direitos fundamentais ao direito internacional dos direitos humanos, consagrando que o rol dos direitos fundamentais reconhecidos no direito constitucional positivo inclui posições fundamentais oriundas de tratados internacionais²⁰⁹, uma vez que os direitos positivados na Constituição formal não excluem outros constantes em tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário²¹⁰.

²⁰⁴ LÓPEZ, Enrique Guillen. Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva de derecho constitucional europeo. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 42, p. 335-370, 2018, p. 340.

²⁰⁵ [...] a CEDH tornou-se uma espécie de Constituição, reduzida a seus elementos básicos: direitos fundamentais; um texto constitucional que coloca limites ao poder e garante espaços imunes que terão que ser restabelecidos se forem violados; um texto constitucional, que tem que justificar que desconsidera a supremacia porque é separado da condição de Estado; que não é o produto de um poder constituinte canônico; e que não pode ser, por definição, uma síntese perfeita da história dos Estados-Membros, porque o que aspira é um futuro compartilhado. (LÓPEZ, op. cit., 2018, p. 342, tradução nossa).

²⁰⁶ SARLET, op. cit., 2015, p. 29.

²⁰⁷ PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 102.

²⁰⁸ SARLET, op. cit., 2015, p. 89.

²⁰⁹ SARLET, op. cit., 2015, p. 123.

²¹⁰ A prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, a abertura do sistema jurídico nacional ao direito internacional dos direitos humanos e o reconhecimento da jurisdição do Tribunal Penal Internacional são indicativos da consagração do princípio da amizade ao direito internacional dos direitos humanos no direito constitucional português (MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito internacional dos direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 116). Assim, sob essas premissas, pode-se dizer o mesmo em relação ao direito

Os direitos humanos se somam aos direitos fundamentais, ampliando-se, assim, a esfera de proteção jurídica do ser humano contra o uso abusivo do poder político. Os direitos humanos consagrados em instrumento internacionais de *hard law* impõem claramente controles e limites ao exercício do poder pelo Estado, cumprindo, com isso, uma função constitucional.

Não se pode perder de vista, como bem ressalta Luigi Ferrajoli, que a história do constitucionalismo é uma história de ampliação progressiva dos direitos da pessoa humana, desde os direitos civis e políticos, ditos de primeira dimensão, positivados nas constituições do século XIX até os novos direitos consagrados nas atuais constituições e em normas jurídicas internacionais²¹¹. Tem-se, portanto, uma clara expansão do paradigma constitucional para o direito internacional²¹².

De fato, os tratados internacionais de direitos humanos exercem uma função nitidamente constitucional, consistente na limitação do poder político em prol do indivíduo. Segundo Luísa Cristina Pinto e Netto, o direito internacional dos direitos humanos desempenha um papel constitucional de garantia adicional em relação ao direito interno, uma vez que reforça e complementa a proteção da pessoa humana consagrada no texto formal da Constituição²¹³. Com isso, operou-se uma verdadeira mudança de perspectiva do direito internacional, que deixou de ser exclusivamente centrado no Estado soberano, para se tornar um sistema orientado para a pessoa humana²¹⁴.

A natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e, por consequência, sua primazia em relação à legislação infraconstitucional não se estabelece unicamente sob o ponto de vista formal, isto é, do reconhecimento expresso pela Constituição formal (art. 5, § 3º, da Carta Magna), mas também a partir de aspectos substanciais, como os valores do constitucionalismo²¹⁵.

A partir do exposto, conclui-se que os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente da observância do rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, têm *status* de norma constitucional. Eles são incorporados ao direito nacional como norma constitucional²¹⁶ e integra a Constituição material brasileira, conceituada como:

constitucional brasileiro, ou seja, o Brasil não é um estado hostil aos direitos humanos.

²¹¹ FERRAJOLI, op. cit., 2018, p. 27.

²¹² FERRAJOLI, op. cit., 2018, p. 41.

²¹³ PINTO E NETTO, op. cit., 2016, p. 451.

²¹⁴ PETERS, Anne. **Beyond human rights**: the legal status of the individual in international law. New York: Cambridge University Press, 2018, p. 02-03.

²¹⁵ PINTO E NETTO, op. cit., 2016, p. 466.

²¹⁶ PASQUALOTTO, Adalberto. A Convenção Quadro para o controle do tabaco como reforço da constitucionalidade da proibição da publicidade do tabaco. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 91, p. 169-

[...] o conjunto de fins e valores constitutivos do princípio efectivo da unidade e permanência de um ordenamento jurídico (dimensão objectiva), e o conjunto de forças políticas e sociais (dimensão subjectiva) que exprimem esses fins ou valores, assegurando a estes a respectiva prossecução e concretização, algumas vezes para além da própria constituição escrita. Ao contrário do que muitas vezes se pensa e vê escrito, a constituição material não se reconduz a um simples “poder de facto” (“relações de poder e influência”, “facto político puro”), pois a constituição material tem também uma função ordenadora. A chamada força normativa de constituição (K. Hesse) pressupõe, a maior parte das vezes, a vontade de constituição, ou seja, a explicitação na constituição escrita ou formal do complexo de fins e valores agitados pelas constelações políticas e sociais a nível da constituição material²¹⁷.

A Constituição é um sistema aberto de regras e princípios²¹⁸ que vai além da Constituição formal, produto do poder constituinte, de modo a permitir a recepção de normas não escritas no texto constitucional, conforme já ressaltado alhures. O próprio art. 5º, § 2º, da Carta Magna de 1988 reconhece expressamente a existência de outras fontes do direito fora da própria Constituição²¹⁹. Tal dispositivo constitucional se apresenta como uma verdadeira cláusula de abertura, que permite que normas de outras ordens jurídicas, a exemplo dos tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, entrem no ordenamento jurídico nacional como norma constitucional²²⁰. A esse respeito Estefânia Maria de Queiroz Barboza ensina:

No Brasil, é possível identificar a existência de uma Constituição invisível especialmente no que diz respeito aos princípios implícitos, aos princípios gerais do direito e aos direitos humanos e fundamentais, tendo em vista o que estabelece o art. 5º, § 2º, da Carta Constitucional²²¹.

Os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do rito de aprovação, integram, ainda que estejam fora do texto constitucional formal e escrito, a Constituição material e invisível da República Federativa do Brasil. A constitucionalização contemporânea do direito, fortemente influenciada pelo pós-positivismo, não se limita, insista-se, ao texto formal e expresso da Constituição, abarcando princípios implícitos e os

208, jan/fev. 2014, p. 173.

²¹⁷ CANOTILHO, op. cit., 2011, p. 1.139.

²¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 204.

²¹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 178.

²²⁰ ANTONIAZZI, Mariela Morales; ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Inter-americanization: its legal bases and political impact. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 255-276, p. 258.

²²¹ BARBOZA, op. cit., 2014, p. 179.

tratados internacionais de direitos humanos²²². Enfim, há normas de natureza constitucional situadas fora do texto formal da Constituição, como os tratados de direitos humanos²²³.

O próprio professor Ingo Wolfgang Sarlet faz um importante alerta:

Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos das regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por essa razão, acabam tendo *status* equivalente. Caso contrário, a regra do art. 5º, § 2º, também neste ponto, teria o seu sentido parcialmente desvirtuado. Não fosse assim, virtualmente não haveria diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre qualquer outra regra de direito internacional incorporada ao direito nacional e aos direitos fundamentais do homem consagrados nos textos internacionais²²⁴.

Ademais, deve-se advertir que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal acarreta tratamento jurídico distinto para instrumentos jurídicos que têm idêntica finalidade, qual seja, a proteção e a promoção dos direitos humanos e da dignidade humana. Os direitos humanos merecem igual proteção e validade jurídica, sejam eles positivados em tratados internacionais aprovados ou não da forma estabelecida pelo art. 5º, § 3º, da Carta Magna.

A teoria do duplo estatuto merece reproche porque é incoerente com o constitucionalismo contemporâneo voltado à promoção e à proteção da dignidade da pessoa humana e pode ensejar a aplicação de norma jurídica mais prejudicial e gravosa aos direitos humanos.

De fato. O ordenamento jurídico é tradicionalmente compreendido como um sistema escalonado de normas jurídicas em que há verdadeira hierarquia entre as normas que o compõem, na qual as normas de hierarquia inferior retiram seu fundamento de validade das normas superiores até se chegar à Constituição, que se encontra, segundo Hans Kelsen, no ápice da pirâmide normativa²²⁵.

A validade da norma jurídica significa “pertinência a um sistema jurídico”²²⁶, ou seja, norma válida é aquela criada em conformidade com as normas de hierarquia superior. Segundo Riccardo Guastini, “[...] há, em contrapartida, uma hierarquia jurídica entre duas quando uma delas condiciona a validade da outra, na medida em que a segunda é inválida se

²²² SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional e ADPF 138. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 21 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwmui5eu9c76tn7ib9>. Acesso em: 08 de outubro de 2016.

²²³ SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional e ADPF 138. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 21 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwmui5eu9c76tn7ib9>. Acesso em: 08 de outubro de 2016.

²²⁴ SARLET, op. cit., 2015, p. 125.

²²⁵ KELSEN, op. cit., 2009, p. 247.

²²⁶ GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 271.

for incompatível com a primeira”²²⁷. Como se vê, a validade de uma norma está condicionada a sua compatibilidade com as normas superiores.

A norma de maior hierarquia é o fundamento de validade da norma inferior, de modo que a validade da norma inferior está condicionada à sua adequação à norma superior²²⁸. É inegável que há uma relação de hierarquia normativa entre a Constituição e as demais espécies normativas. Por isso, as normas infraconstitucionais somente serão válidas se compatíveis com a Constituição²²⁹.

Ocorre que o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no Recurso Extraordinário nº 466.343-SP é no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos que não forem aprovados segundo o rito especial do art. 5º, § 3º, da Carta Magna têm *status* supralegal, isto é, são normas que se situam hierarquicamente abaixo da Constituição e acima de toda e qualquer lei.

À luz da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos supralegais são normas de diferentes estratos hierárquicos, uma vez que se conferiu a tais tratados internacionais a natureza de normas infraconstitucionais e que, por esse motivo, retiram seu fundamento de validade da Constituição.

A consequência dessa hierarquia é o reconhecimento da supremacia constitucional²³⁰. Os poderes constituídos não poderiam introduzir no sistema jurídico brasileiro normas infraconstitucionais, inclusive tratados internacionais de direitos humanos supralegais, contrárias à Constituição Federal, que se introduzidas seriam nulas e sem validade na ordem jurídica.

A eventual antinomia entre o tratado internacional supralegal e a Carta Constitucional deve ser, caso se aceite a tese do Supremo Tribunal Federal, solucionada segundo o critério hierárquico, prevalecendo-se a norma de maior hierarquia²³¹, qual seja, a Constituição Federal. A superioridade constitucional se manifesta na inconstitucionalidade das normas inferiores, dentre as quais os tratados internacionais supralegais, que se contraponham ao texto da Constituição²³².

²²⁷ Ibidem, p. 280.

²²⁸ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 323.

²²⁹ CANOTILHO, op. cit., 2011, p. 890.

²³⁰ BONAVIDES, op. cit., 2008, p. 296.

²³¹ BOBBIO, op. cit., 1999, p. 93.

²³² HENDERSON, op. cit., 2004, p. 75.

Assim, seriam inconstitucionais e, por conseguinte, inválidos aqueles tratados internacionais de direitos humanos incompatíveis com a Constituição da República. Entretanto, a tese abraçada pelo Supremo Tribunal Federal não deve ser aceita porque poderá acarretar a invalidação de tratados de direitos humanos que são mais benéficos e protetivos ao ser humano.

Na verdade, a estrutura piramidal escalonada da ordem jurídica proposta pelo jurista Hans Kelsen não é mais compatível com a fragmentação normativa e o pluralismo constitucional da contemporaneidade. Com o surgimento de múltiplos organismos internacionais emissores de textos normativos, o Estado deixa de ser o referencial básico do sistema jurídico nacional, concorrendo, agora, órgãos internacionais e suas respectivas ordens jurídicas²³³, que editam atos normativos os quais produzem efeitos jurídicos no âmbito interno dos Estados, condicionando não somente a conduta do ente soberano, mas também dos seus nacionais, o que é o caso dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O contexto social e político que permitiu a construção das teorias dualista e monista se alterou profundamente no início do século XXI e essas modificações impõem uma nova forma de pensar, compreender e interpretar a relação e a interação entre o direito nacional e o direito internacional, notadamente o direito internacional dos direitos humanos. A relação entre o direito brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos deve ser analisada no contexto global da atualidade. Não se pode olhar o novo com os olhos do velho, eis que as teorias monista e dualista, que eram adequadas para explicar tal relação no passado porquanto as características jurídicas do momento permitiam a sua construção com coerência científica, hoje já não se mostram mais compatíveis com a globalização²³⁴.

A relação entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos não pode ser compreendida à luz das tradicionais teorias do monismo e do dualismo, mas sob o ângulo do pluralismo constitucional²³⁵, eis que, na atualidade, existe uma pluralidade de ordens jurídicas com vigência em um mesmo espaço territorial²³⁶, o que demonstra que a pirâmide normativa de Hans Kelsen já não se mostra adequada para explicar tal interação

²³³ GALINDO, op. cit., 2006, p. 196.

²³⁴ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*. **Estudios Constitucionales**, Talca, Año 14, N. 1, 2016b, p. 15-60, p. 16.

²³⁵ A pluralidade de ordens jurídicas é estudada pela doutrina como várias denominações, tais como “constitucionalismo multinível”, “pluralismo constitucional”, “interconstitucionalidade” e “transconstitucionalismo” (RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade de 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, Vol. 106/107, p. 497-524, 2012c, p. 499.

²³⁶ LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno. *Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la constitución nacional o su nuevo comienzo?*. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 40, p. 127-151, jan./jun. 2018, p. 132.

internormativa, ante a inexistência de relação de hierarquia entre as normas internacionais de direitos humanos e as Constituições dos Estados soberanos²³⁷. O relacionamento é heterárquico²³⁸ e não hierárquico²³⁹.

A globalização provocou a desestatização, a fragmentação e a multiplicação de fontes do direito, que produzem textos normativos supranacionais que se inter cruzam e produzem efeitos jurídicos no âmbito interno dos Estados, resultando na dificuldade de se reconhecer que o direito nacional e o direito internacional são partes de um único e mesmo ordenamento jurídico²⁴⁰. Como ressalta Neil Walker:

The recent proliferation of transnational forms of legal regulation and recognition has transformed the way we understand the global legal configuration, both in quantitative and in qualitative terms. Quantitatively, so dense are the connections and so significant the overlaps between legal orders that they can no longer easily be compartmentalized –still less marginalized– as mere boundary disputes. Qualitatively, the underlying basic grid, or ‘order of orders’, through which we make sense of such connections and overlaps, is no longer well understood in traditional Westphalian terms –as the accommodation of mutually exclusive state sovereignties within a largely facilitative framework of international law²⁴¹.

²³⁷ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitário de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2015, p. 124.

²³⁸ O conceito de heterarquia foi desenvolvido pela primeira vez em 1945 por Warren McCulloch, através de um estudo sobre redes neurais (PERLO, Claudia Liliana. Autopoiesis y poder: de la jerarquía a la trama de la vida. **Enfoques**, Libertador San Martín, v. 29, n. 1, p. 105-121, jun. 2017, p. 109. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1669-27212017000100006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 21 de dezembro de 2018). Segundo Alan Luiz Rizzoli, a “heterarquia, do grego heteros, diferente, e archein, governar, é um termo criado por Warren McCulloch e é empregado para caracterizar organizações em que o comando não segue uma estrutura verticalizada, e sim distribuída” (RIZZOLI, Alan Luiz. **O controle público de agrotóxicos em Santa Catarina sob a perspectiva do modelo do sistema viável (VSM): o caso da CIDASC**. 2013. Dissertação (Mestrado em Agroecossistemas) – Programa de Pós-Graduação em Agroecossistemas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013, p. 58). Nesse contexto, a heterarquia defendida nesta tese significa que as ordens jurídicas, nacional e interamericana, estão entrelaçadas e são interdependentes, numa relação/interação horizontal e bidimensional, que se influenciam e cooperam mutuamente para a consecução de objetivos comuns, conforme se desenvolverá adiante.

²³⁹ WALKER, Neil. The idea of constitutional pluralism. **Modern Law Review**, vol. 65, n. 3, p. 317-359, 2002.

²⁴⁰ ALVARADO, op. cit., 2016b, p. 26.

²⁴¹ A recente proliferação de formas transnacionais de regulação e de reconhecimento normativo transformou a forma como entendemos a configuração jurídica global, tanto em termos quantitativos como qualitativos. Quantitativamente, tão densas são as conexões e tão significativas as sobreposições entre as ordens jurídicas que não podem mais ser facilmente compartimentadas - ainda menos marginalizadas - como meras disputas de fronteira. Qualitativamente, a grade básica subjacente, ou "ordem das ordens", através da qual fazemos sentido de tais conexões e sobreposições, já não é bem compreendida nos termos tradicionais westfaliano - como a acomodação de soberania de estados mutuamente exclusivas dentro de um quadro amplamente facilitador do direito internacional. (WALKER, Neil. Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 06, n.03-04, p. 373-396, 2008, p. 373, tradução nossa).

Há uma clara erosão do constitucionalismo centrado no Estado, tal como concebido ao longo dos últimos duzentos anos, decorrente do aumento de fontes não-estatais de normas jurídicas, o que retirou dos Estados a exclusividade do papel de autoridade regulamentadora normativa, e pela ascensão de entidades supranacionais que podem decidir validamente fora das fronteiras territoriais dos Estados²⁴², tais como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Organização Mundial do Comércio e o Conselho de Segurança das Nações Unidas.

O constitucionalismo tradicional dos séculos XIX e XX, que concebia a Constituição escrita e positivada, fruto do poder constituinte, como norma suprema do ordenamento jurídico não existe mais. Tradicionalmente, a constituição fora compreendida como um documento formal único, produto do poder constituinte originário e dotada de supremacia no ordenamento jurídico nacional, que disciplinava a estrutura do Estado, a organização dos Poderes e garantia os direitos fundamentais da pessoa humana²⁴³. Entretanto, diante do cenário jurídico atual:

[...] la idea de un documento único, con superioridad normativa, estabilidad reforzada y comprensivo no se corresponde con la dinámica real del ordenamiento internacional cuya principal característica es la difusión, complejidad e inestabilidad normativa, la ausencia – cada vez más desdibujada pero aún existente- de jerarquías y la multiplicación de titulares de la autoridad pública, así como de escenarios aptos para la garantía de los intereses de la comunidad internacional²⁴⁴.

O processo de globalização introduziu no plano internacional valores, funções e objetivos do constitucionalismo, que veicula princípios relativos ao Estado de Direito, separação dos poderes, proteção dos direitos fundamentais e democracia com instituições e mecanismos que garantem o respeito e a implementação desses princípios²⁴⁵. O âmago do constitucionalismo está na ideia de limitação do poder estatal por uma lei suprema, que fundamenta e legitima a atuação do Estado, que dela deve derivar, e ser plenamente compatível²⁴⁶.

²⁴² ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. Globalização, constitucionalismo e os Poderes do Estado brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 55, n. 219, p. 237-261, jul./set. 2018, p. 244.

²⁴³ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 71.

²⁴⁴ A ideia de um único documento, com superioridade normativa, estabilidade reforçada e abrangente não corresponde à dinâmica real da ordem internacional cuja principal característica é a difusão, complexidade e instabilidade normativa, a ausência - cada vez mais apagada, mas ainda existente - de hierarquias e a multiplicação de titulares de autoridade pública, assim como de cenários aptos para garantir os interesses da comunidade internacional. (ALVARADO, op. cit., 2015, p. 191, tradução nossa).

²⁴⁵ PETERS, Anne. Global constitutionalism. In: GIBBONS, Michael T. (E.). **The encyclopedia of political thought**. Oxford: Wiley Blackwell, p. 1.484-1.487, 2015, p. 1.484.

²⁴⁶ KUMM, Mattias. The best of times and the worst of times. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, p. 201-219, 2010, p. 213.

O constitucionalismo, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, é um movimento político, social e cultural que, a partir do século XVIII, alicerça a ideia do governo limitado indispensável à garantia dos direitos fundamentais, caracterizando-se, destarte, como “[...] uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”²⁴⁷.

Nessa visão, “[...] the taming of the Leviathan is the essential function of constitutions [...]”²⁴⁸, o que ocorreria, segundo o constitucionalismo moderno, por meio da separação dos poderes e dos direitos fundamentais, que eram elementos imprescindíveis de uma Constituição, tal como prescrito no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

As novas constituições democráticas da segunda metade do século XX, fundadas na primazia da dignidade humana, trazem cláusulas de abertura do ordenamento jurídico nacional ao direito internacional, cujas fontes se situam no plano supranacional. O neoconstitucionalismo abriu e ampliou as fronteiras do próprio constitucionalismo, não mais se resumindo ao direito positivo estatal e nacional, retomando, assim, a dupla vocação histórica do movimento constitucional, em especial ao “[...] del universalismo y la creación de los derechos como *prius*, sobre todo ante poder político, y la posibilidad de oponerlos a ese poder”²⁴⁹.

O constitucionalismo, conceituado como “[...] el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del limite y de la garantia [...]”²⁵⁰, materializa-se, a partir da segunda metade do século XX, no direito internacional, ou seja, tem-se um “[...] process of the gradual emergence and deliberate creation of constitutionalist elements in the international legal order by political and judicial actors”²⁵¹. Daí falar-se em constitucionalismo internacional, entendido como:

²⁴⁷ CANOTILHO, op. cit., 2011, p. 51.

²⁴⁸ A domesticação do Leviatã é a função essencial das constituições. (PREUSS, Ulrich K.. Disconnecting constitutions from statehood: is global constitutionalism a viable concept?. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, p. 23-46, 2010, p. 24, tradução nossa).

²⁴⁹ Do universalismo e da criação dos direitos como *prius*, especialmente frente o poder político, e a possibilidade de oposição a esse poder. (FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 149, tradução nossa).

²⁵⁰ O conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se dedica a recuperar no horizonte da constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia. FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 85, tradução nossa).

²⁵¹ Processo de emergência progressiva e de criação deliberada de elementos constitucionais na ordem jurídica internacional por atores políticos e judiciais. (PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, Vol. 16, N. 2, p. 397-411, 2009, p. 397-398, tradução nossa).

[...] la corriente de pensamiento o el movimiento político e intelectual (artefacto académico) que pretende dotar al derecho internacional de rasgos constitucionales, esto es, pretende que este derecho sea un ordenamiento que fundamente, organice y limite el ejercicio del poder y que, por lo tanto, sea respetuoso del principio de legalidad, la separación de poderes, el régimen democrático y los derechos humanos²⁵².

A constitucionalização é, por sua vez, o “[...] proceso gracias al cual se materializa el constitucionalismo, es decir, el proceso (*work in progress*) mediante el cual se implementan estructuras, procedimientos o normas que cumplen funciones constitucionales en el marco del derecho internacional”²⁵³. Os organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos, passaram a implementar normas, a criar órgãos e a estabelecer procedimentos com funções constitucionais, propiciando, notadamente, a limitação do exercício do poder estatal por meio da tutela de direitos²⁵⁴.

A partir dessas premissas, afirma-se que é inegável, na atualidade, a constitucionalização do direito internacional, consistente na adoção de

[...] a strand of thought (an outlook or perspective) and political agenda which advocate the application of constitutional principles, such as the rule of law, checks and balances, human rights protection, and democracy, in the international sphere in order to improve the effectivity and the fairness of international legal order²⁵⁵.

Particularmente, o direito internacional dos direitos humanos passou a exercer um papel nitidamente constitucional porque constrói um arcabouço jurídico e institucional capaz de garantir a limitação do poder estatal por meio da salvaguarda de valores comuns da humanidade²⁵⁶, ao ponto de que “[...] não é mais possível pensar um Estado de Direito sem ter em conta os direitos humanos”²⁵⁷. É por isso que, parafraseando Nelson Nery Júnior e Georges Abboud, os direitos humanos constituem, assim como os direitos fundamentais,

²⁵² A corrente de pensamento ou o movimento político e intelectual (artefato acadêmico) que visa dotar o direito internacional com características constitucionais, isto é, pretende que esse direito seja uma ordem que justifique, organize e limite o exercício do poder e, portanto, respeite o princípio da legalidade, a separação de poderes, o regime democrático e os direitos humanos. (ALVARADO, op. cit., 2015, p. 177-178, tradução nossa).

²⁵³ Processo através do qual se materializa o constitucionalismo, é dizer, o processo (trabalho em andamento) através do qual são implementadas estruturas, procedimentos ou normas que cumprem funções constitucionais no âmbito do direito internacional. (ALVARADO, op. cit., 2015, p. 181, tradução nossa).

²⁵⁴ LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalization?. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, p. 47-69, 2010, p. 47.

²⁵⁵ Uma vertente de pensamento (um olhar ou perspectiva) e uma agenda política que defende a aplicação de princípios constitucionais, como o Estado de Direito, freios e contrapesos, a proteção dos direitos humanos e a democracia, na esfera internacional, a fim de melhorar a efetividade e a justiça da ordem jurídica internacional. (PETERS, Anne. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*. **Leiden Journal of International Law**, vol. 19, p. 579-610, 2006, p. 583, tradução nossa).

²⁵⁶ ALVARADO, op. cit., 2015, p. 207.

²⁵⁷ MOLINARO, Carlos Alberto. Direitos humanos: o maior discurso pós-guerra fria! Apenas um discurso? **Arquivo Jurídico**, Teresina, vol. 2, n. 1, p. 267-284, jan./jun. 2015, p. 270.

prerrogativas que asseguram posições jurídicas ao cidadão e, ao mesmo tempo, constituem limites à atuação do Estado²⁵⁸.

A impregnação dos princípios e ideais do constitucionalismo influencia decisivamente a interpretação e a aplicação do direito internacional, eis que, como já ressaltado, os tratados internacionais de direitos humanos passam a ser instrumentos de limitação do poder público estatal e de garantia de direitos humanos por intermédio de um *corpus juris* e de órgãos jurisdicionais vocacionados à proteção do ser humano. Segundo Anne Peters,

Constitutionalization in this sense is an a evolution from an international order based on some organizing principles, such as state sovereignty and consensualism, to an international legal order which acknowledges and has creatively appropriated principles and values of constitutionalism²⁵⁹.

Os tratados internacionais de direitos humanos incorporam valores e interesses comuns da humanidade, que transcendem os interesses individuais dos Estados²⁶⁰. Portanto, o constitucionalismo contemporâneo está presente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, eis que a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador têm típica função constitucional, na medida em que impõem limites ao poder público, inclusive à liberdade de conformação do legislador, por intermédio de direitos e garantias fulcrados na dignidade humana²⁶¹.

Os direitos humanos consagrados em tratados internacionais têm uma clara dimensão constitucional veiculada através de um conjunto de limites impostos à soberania estatal em prol da dignidade humana e da desconstrução da ideia de cidadania como exercício dos direitos fundamentais assegurados unicamente aos membros de uma comunidade política²⁶². Enfim, os tratados internacionais de direitos humanos são normas substancialmente constitucionais porque incorporam um conjunto de princípios constitucionais materiais²⁶³, como acima reiteradamente ressaltado.

²⁵⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 87.

²⁵⁹ A constitucionalização é, neste sentido, uma evolução de uma ordem internacional baseada em alguns princípios organizacionais, como a soberania estatal e o consensualismo, para uma ordem jurídica internacional que reconhece e se apropriou criativamente dos princípios e valores do constitucionalismo. (PETERS, op. cit., 2015, p. 1.485, tradução nossa).

²⁶⁰ PETERS, op. cit., 2006, p. 588.

²⁶¹ PETERS, Anne. Global constitutionalism revisited. **International legal theory: why obey international law?**, vol. 11, p. 39-65, 2005, p. 46. Disponível em: <https://law.ubalt.edu/centers/cicl/publications/docs/ILT_11_2005.pdf>. Acesso em 28 de setembro de 2016.

²⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 105.

²⁶³ GÓNGORA-MERA, op. cit., 2017, p. 237.

A abertura constitucional ao direito internacional, nos moldes do art. 5º, § 2º, permitiu a interação de normas jurídicas de origem distintas que influenciam o interior do ordenamento jurídico nacional. Logo, a relação entre o direito doméstico brasileiro com o direito internacional não pode ser compreendida de forma dissociada do constitucionalismo global.

Além do mais, a constitucionalização do direito internacional, particularmente com a emergência dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, enseja uma mudança de paradigma no que se refere à relação entre os ordenamentos jurídicos nacional e externo, mediante a superação do monismo e do dualismo pela teoria do pluralismo constitucional e da adoção do constitucionalismo multinível²⁶⁴.

2.3 A RELAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA NACIONAL COM O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DO PLURALISMO CONSTITUCIONAL

Os debates acadêmicos sobre a relação entre direito nacional e direito internacional estão fundamental e tradicionalmente centrados nas teorias do dualismo e do monismo. Destaque-se que o próprio Supremo Tribunal Federal utiliza as referidas teorias para explicar as relações entre o direito brasileiro e o direito internacional. Porém, a realidade jurídica do mundo globalizado não está em conformidade com as perspectivas monista e dualista, fazendo-se mister repensar tal relacionamento para além da aludida dicotomia²⁶⁵.

A relação entre o direito doméstico e o direito internacional não pode ser compreendida à luz das teorias do dualismo e do monismo, mas sob o prisma do pluralismo constitucional, eis que aquelas já não são mais compatíveis com a realidade jurídica atual²⁶⁶. O dualismo e o monismo foram gestados como respostas a problemas essencialmente jurídico-políticos de uma época, cujo ponto alto do debate se deu nas primeiras décadas do século XX, particularmente no período entre guerras, em um contexto social, político, cultural e científico bastante diferente do contexto constitucional brasileiro atual, motivo pelo qual essas teorias devem ser compreendidas à luz das peculiaridades de seu tempo²⁶⁷.

²⁶⁴ LOUGHLIN, op. cit., 2010, p. 66.

²⁶⁵ NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. Introduction. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André (ed.). **New perspectives on the divide between national & international law**. Oxford: Oxford University Press, p. 01-14, 2007a, p. 02.

²⁶⁶ BOGDANDY, Armin Von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on relationship between international and domestic constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 6, n. 3 - 4, p. 397-413, 2008, p. 398. Neste sentido também é a lição de Paola Andrea Acosta Alvarado (op. cit., 2015, p. 124).

²⁶⁷ NIJMAN; NOLLKAEMPER, op. cit., 2007a, p. 06.

O monismo e o dualismo não oferecem respostas satisfatórias para a solução de problemas jurídicos concretos decorrentes da pluralidade de ordens jurídicas da contemporaneidade, sobretudo em razão dos processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional empreendidos a partir da segunda metade do século XX. A propósito:

Monism and dualism should cease to exist as doctrinal and theoretical notions for discussing the relationship between international law and internal law. Perhaps they can continue to be useful in depicting a more open or more hesitant political disposition toward international law. But from a scholarly perspective, they are intellectual zombies of another time and should be laid to rest, or “deconstructed”. The general understanding of the relationship between international law and domestic law should be placed on another conceptual basis²⁶⁸.

As teorias dualista e monista estão, na atualidade, desconectados dos contextos políticos e sociais que inspiraram a sua origem. A globalização, que é, embora não só, econômica, tecnológica, informacional e jurídica, criou conexões formais e informais entre diversos atores e instituições, tornando opaca e incerta a distinção daquilo que é nacional e o que é internacional²⁶⁹.

Aliados à globalização, tem-se o surgimento dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, dos organismos internacionais, das organizações não-governamentais transnacionais, de fontes privadas do direito e da abertura das Constituições nacionais ao direito internacional²⁷⁰. O Estado-Nação já não é mais a única fonte de autoridade política e normativa, o que tem provocado mudanças na estrutura da ordem jurídica global e impactado decisivamente a relação entre o direito doméstico e o ordenamento internacional²⁷¹, a exigir novas formas de pensar tal interação, eis que “[...] neither dualism nor monism in their traditional form are able to capture the diversity of the process of globalization”²⁷².

A obsolescência do monismo e do dualismo para explicar a relação entre direito internacional e direito nacional é sustentada por Mattias Kumm, para quem:

²⁶⁸ O monismo e o dualismo devem deixar de existir como noções doutrinárias e teóricas para discutir a relação entre direito internacional e direito interno. Talvez eles possam continuar a ser úteis para descrever uma disposição política mais aberta ou mais hesitante em relação ao direito internacional. Mas, de uma perspectiva acadêmica, eles são zumbis intelectuais de outro tempo e devem ser colocados para descansar, ou “desconstruídos”. A compreensão geral da relação entre direito internacional e direito interno deve ser colocada em outra base conceitual. (BOGDANDY, op. cit., 2008, p. 400, tradução nossa).

²⁶⁹ KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 04.

²⁷⁰ NIJMAN; NOLLKAEMPER, op. cit., 2007a, p. 11.

²⁷¹ KRISCH, op. cit., 2010, p. 06.

²⁷² Nem o dualismo nem o monismo na sua forma tradicional são capazes de capturar a diversidade do processo de globalização. (NIJMAN; NOLLKAEMPER, op. cit., 2007a, p. 11, tradução nossa).

Cosmopolitan constitutionalism carves out a distinct position beyond monism and dualism to describe the relationship between national and international law: constitutional pluralism. Constitutional statist are right that it is a mistake to imagine the world of law as a hierarchically integrated whole, as monism does. But it is also a mistake to imagine national and international law as strictly separate legal systems that follow their own ultimate legal rules with only contingent secondary connections between them, as dualism does. Instead, common principles underlying both national and international law provide a coherent framework for addressing conflicting claims of authority in specific contexts. These principles will sometimes favor the application of international rules over national – even national constitutional – rules. At other times they will support the primacy of national rules²⁷³.

O monismo kelseniano sustenta que o direito internacional e o direito nacional não são dois sistemas jurídicos distintos, mas partes de uma única ordem jurídica²⁷⁴, que não é, na visão de Hans Kelsen, um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, umas ao lado das outras, mas uma estrutura escalonada na forma de uma pirâmide de normas que são sobrepostas, superiores e inferiores e subordinadas umas às outras²⁷⁵.

O sistema jurídico seria composto exclusivamente de normas jurídicas nacionais e internacionais que derivariam uma das outras em virtude da hierarquia normativa existente, cuja fonte comum de validade de todas as normas pertencentes ao sistema seria a *Grundnorm*²⁷⁶. A norma jurídica é válida, segundo o pensamento de Kelsen, se for criada de acordo com outra norma, que lhe é superior. Isto significa que a relação entre as normas jurídicas é hierárquica, representada como uma relação em que uma norma ocupa a posição de superior e a outra, a posição inferior²⁷⁷.

Na concepção monista, o escalonamento piramidal impõe uma hierarquia entre normas jurídicas, inclusive entre normas nacionais e internacionais, no sentido de que a relação entre direito doméstico e direito internacional é sempre de subordinação²⁷⁸, de modo que “[...] o

²⁷³ O constitucionalismo cosmopolita busca uma posição distinta do monismo e do dualismo para descrever a relação entre direito nacional e internacional: pluralismo constitucional. Os constitucionalistas estatais estão certos de que é um erro imaginar o mundo do direito como um todo hierarquicamente integrado, como faz o monismo. Mas também é um erro imaginar o direito nacional e internacional como sistemas jurídicos estritamente separados que seguem suas próprias regras jurídicas finais com apenas conexões secundárias contingentes entre elas, como faz o dualismo. Em vez disso, princípios comuns subjacentes ao direito nacional e internacional fornecem um quadro coerente para abordar reivindicações conflitantes de autoridade em contextos específicos. Esses princípios, por vezes, favorecem a aplicação de regras internacionais sobre as regras nacionais – inclusive a constituição. Em outras ocasiões, eles apoiarão o primado das regras nacionais. (KUMM, Mattias. *The Cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state*. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (eds.). **Ruling the world?: constitutionalism, international law, and global governance**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 258-324, 2009, p. 273-274, tradução nossa).

²⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 527.

²⁷⁵ KELSEN, op. cit., 2009, p. 247.

²⁷⁶ Ibidem, p. 217.

²⁷⁷ KELSEN, op. cit., 2009, p. 232.

²⁷⁸ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 86.

conflito entre norma estabelecida de Direito internacional e uma de Direito nacional é um conflito entre uma norma superior e uma inferior”²⁷⁹.

Flávia Piovesan sustenta, por exemplo, um monismo moderado no qual a compreensão do sistema jurídico como uma pirâmide escalonada com a Constituição no ápice do ordenamento deveria dar lugar a uma concepção da ordem jurídica como um trapézio com a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice do sistema jurídico²⁸⁰.

O problema é que o monismo kelseniano está assentado na compreensão de que “[...] se várias normas recebem, todas, a sua validade da mesma norma fundamental, então – por definição -, elas fazem parte do mesmo sistema”²⁸¹. Assim, o direito nacional e o direito internacional são partes de um único ordenamento jurídico, na medida em que eles têm o mesmo fundamento último de validade, ou seja, as normas internas e externas derivam da mesma norma fundamental²⁸². Isso somente seria possível porque tais normas estariam numa relação vertical de superioridade e de inferioridade, que reconduz necessariamente a uma última norma, a chamada *Grundnorm*.

Segundo o jurista austríaco, as normas jurídicas, que compõem o ordenamento jurídico, estão hierarquicamente distribuídas a partir da norma hipotética fundamental²⁸³ e “[...] como o Direito nacional tem o fundamento da sua validade e, por conseguinte, a sua ‘fonte’, nesse sentido, no Direito internacional, a fonte do primeiro deve ser a mesma que a do segundo”²⁸⁴. Ocorre que essa visão, se rigorosamente aplicada, levaria à conclusão de que somente existe uma única ordem jurídica no mundo, qual seja, o ordenamento jurídico internacional, e os sistemas jurídicos nacionais seriam, de fato, subsistemas do sistema internacional²⁸⁵, uma vez que as ordens jurídicas domésticas, ao subscreverem tratados internacionais comuns, compartilhariam da mesma norma hipotética fundamental.

Na verdade, a teoria monista e a pirâmide ou trapézio normativo não são mais compatíveis, como anteriormente ressaltado, com a realidade jurídica do mundo globalizado, em que coexistem cortes nacionais e internacionais autônomas e não hierarquizadas entre si e

²⁷⁹ KELSEN, op. cit., 2005, p. 527.

²⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. Direito humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012b, p. 69.

²⁸¹ KELSEN, op. cit., 2005, p. 521.

²⁸² Ibidem, p. 523. No mesmo sentido, ver: MAGALHÃES, op. cit., 2015, p. 35.

²⁸³ BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 40.

²⁸⁴ KELSEN, op. cit., 2005, p. 524-525.

²⁸⁵ MACCORMICK, Neil. **Questioning sovereignty**: law, state and nation in the European Commonwealth. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 116.

novas fontes do direito, especialmente não-estatais²⁸⁶. O Estado continua sendo o principal ator político no mundo contemporâneo, mas, nos últimos anos surgiram entidades internacionais, nos planos global e regional, produtoras de normas jurídicas alheias ao Estado, que não se subordinam ao direito nacional, inclusive constitucional²⁸⁷.

A interpretação do direito doméstico é cada vez mais influenciada pelas novas interconexões proporcionadas pela globalização. Os atores estatais, notadamente os magistrados, são cada vez mais influenciados pelo direito internacional, especialmente o de direitos humanos, por normas originadas na esfera privada e até mesmo por tratados internacionais cujo Estado não seja signatário²⁸⁸.

O direito internacional cria obrigações para os Estados e para os particulares sem a necessidade, em alguns casos, de consentimento estatal. De fato, o Estado não é mais fonte exclusiva do Direito em seu território, como é o caso dos deveres impostos aos Estados pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas e pelas decisões da Organização Mundial do Comércio²⁸⁹, das normas técnicas elaboradas por atores não-estatais, como é o caso da Organização Internacional para a Padronização (ISO²⁹⁰), que fixam, concretamente, prescrições a serem respeitadas em matéria de saúde, de segurança e de meio ambiente, pelos fabricantes e importadores de produtos e serviços que são comercializados em determinados países, normas técnicas estas que sequer se submetem ao controle de validade jurídica pelo Poder Judiciário dos Estados²⁹¹ e da *lex mercatoria*, que, muitas vezes, obrigam os Estados a adequar seu ordenamento jurídico às suas regras, sob pena de serem abandonados pelas empresas e pelo capital financeiro, com graves prejuízos econômicos e sociais para o país²⁹².

Do mesmo modo, o dualismo também está ultrapassado. A teoria dualista apregoa que o direito nacional e o direito internacionais são sistemas totalmente independentes, que disciplinam matérias distintas. O direito internacional regularia as relações entre os Estados soberanos e o direito doméstico disciplinaria as relações entre o Estado e os seus cidadãos e as relações entre indivíduos²⁹³. Os cidadãos somente seriam afetados indiretamente pelo direito

²⁸⁶ DELMAS-MARTY, op. cit., 2004, p. 86-88.

²⁸⁷ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., 2016, p. 89.

²⁸⁸ KRISCH, op. cit., 2010, p. 08.

²⁸⁹ GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, p. 03-22, 2010, p. 14-15.

²⁹⁰ International Organization for Standardization.

²⁹¹ FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito: governar por standards e indicadores.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 59-60.

²⁹² SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., 2016, p. 92.

²⁹³ TRIEPEL, op. cit., 1966, p. 10-11.

internacional, quando este fosse transformado em direito nacional, o que, nos dias atuais, não é, porém, verdade.

O direito internacional dos direitos humanos e o direito interno objetivam, comumente, a proteção e a promoção dos direitos humanos em nome da dignidade da pessoa humana, criando diretamente direitos e obrigações para os Estados e para os indivíduos²⁹⁴. É inegável que, nos dias atuais, o “[...] derecho internacional y ordenamientos nacionales comparten un objetivo: la protección de los individuos [...]”²⁹⁵, vale dizer, ambos regulam as relações entre os Estados e os indivíduos, que passaram a ser, com a inauguração dos sistemas externos de proteção dos direitos humanos, sujeitos de Direito Internacional e de Direito Constitucional. Há, portanto, uma coincidência de objetivos e objetos regulados pelos direito nacional e direito internacional.

A teoria dualista apregoa ainda que o ordenamento internacional não pode afetar a validade e a eficácia das normas jurídicas nacionais, ainda que isso possa acarretar a responsabilidade internacional do Estado, uma vez que as regras de direito interno incompatíveis com o direito externo não seriam qualificadas como antijurídicas ou inválidas²⁹⁶. Tal afirmativa não se coaduna, porém, com o quadro normativo-teórico da atualidade, que admite o controle de convencionalidade das normas domésticas em face de tratados internacionais de direitos humanos.

Enfim, a relação entre direito nacional e o direito internacional não pode ser compreendida, na contemporaneidade, sob as lentes do dualismo e do monismo²⁹⁷, que são, nas fortes palavras de Armin Von Bogdandy, “[...] unos zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz [...]”²⁹⁸, uma vez que as aludidas teorias têm como pressupostos as velhas concepções da soberania estatal westfaliana e do direito internacional como ramo jurídico exclusivamente voltado à regulação das relações entre Estados²⁹⁹.

²⁹⁴ GAJA, Giorgio. Dualism: a review. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André (ed.). **New perspectives on the divide between national & international law**. Oxford: Oxford University Press, p. 52-62, 2007, p. 56.

²⁹⁵ O direito internacional e os ordenamentos nacionais compartilham um objetivo: a proteção dos indivíduos. (ALVARADO, op. cit., 2015, p. 280, tradução nossa).

²⁹⁶ HUERTAS-CÁRDENAS, Julián. Monismo moderado colombiano: examen a la teoría oficial de la Corte Constitucional desde la obra de Alfred Verdross. **Vniversitas**, Bogotá, n. 132, p. 197-234, jan./jun. 2016, p. 213.

²⁹⁷ ALVARADO, op. cit., 2015, p. 124.

²⁹⁸ Uns zumbis intelectuais de outro tempo que devem descansar em paz. (BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano*: una aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (Org.) **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Cidade do México: UNAM/Max Planck Institute, 2014, p. 17. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/4.pdf>. Acesso em 20 de janeiro de 2017, tradução nossa).

²⁹⁹ 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. 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-

Além disso, a pluralidade de ordens jurídicas, com fontes normativas e tribunais autônomos, impõe a superação da pirâmide normativa de Hans Kelsen ou do trapézio de Flávia Piovesan por uma imagem mais realista do Direito e do mundo global, consistente numa teia ou rede constitucional, o que somente será possível com a adoção da teoria do pluralismo constitucional³⁰⁰, que, apesar de se propor a explicar, no âmbito europeu, que nenhuma ordem jurídica, nacional ou supranacional, pode reivindicar isoladamente a autoridade última sobre a aplicação do direito, pode ser aplicada no contexto interamericano³⁰¹.

A teoria do pluralismo constitucional a ser aqui desenvolvida para refletir sobre a relação entre a Constituição da República e os tratados internacionais integrantes dos Sistema Interamericano de Direitos, especialmente a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador, fundada numa lógica não hierárquica, de cooperação, deferência e influências mútuas, de modo a afastar a utilização de critérios de supremacia ou subordinação de uma ordem jurídica em relação a outra. Nas precisas lições de Angela Jank Calixto e Luciani Coimbra de Carvalho,

[...] supera-se o monismo kelsiano para se reconhecer a existência de um pluralismo jurídico: ao invés de hierarquia e supremacia de um ordenamento sobre o outro, há uma mútua consideração, reconhecimento e cooperação, para o fim de se atender objetivos constitucionais comuns. Do mesmo modo, supera-se a teoria do dualismo, já que se reconhece a coordenação e harmonia entre os ordenamentos jurídicos e não sua completa separação³⁰².

O pluralismo constitucional rompe com o modelo monista e decompõe a arquitetura piramidal normativa, substituindo-a por um arquétipo geométrico em forma de teia ou rede, ao reconhecer que a Constituição é apenas parte de um pluriverso normativo e que os ordenamentos jurídicos nacional, internacional e, no caso da Europa, comunitário estão entrelaçados de modo horizontal, cuja interação se dá de forma heterárquica³⁰³.

Graduação em Direito, Belém. 2015, p. 66.

³⁰⁰ ALVARADO, op., cit., 2015, p. 125.

³⁰¹ A pluralidade de ordens jurídicas é uma realidade. Há os sistemas jurídicos nacionais, o Sistemas Regionais de Direitos Humanos, o ordenamento jurídico das Nações Unidas, a Organização Mundial do Comércio, dentre outros. O objetivo da presente tese é analisar a relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos, afastando-se, portanto, da análise da pluralidade de sistemas jurídicos no âmbito da União Europeia.

³⁰² CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coords.); GERBER, Konstantin (org.). **Constitucionalismo multinível e pluralism jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 03-23, 2017, p. 17.

³⁰³ ALVARADO, op, cit., 2015, p. 124. Ver também: BOGDANDY, op. cit., 2008, p. 401.

No marco do pluralismo constitucional, a ordem jurídica interna e o direito internacional dos direitos humanos, inclusive o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, são considerados dois ordenamentos distintos, mas interconectados e interdependentes³⁰⁴, cuja relação não é de hierarquia ou de subordinação. A esse respeito,

Según el pluralismo constitucional, derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes que, no obstante, comparten varios puntos de intersección, sin que ello implique relación jerárquica alguna, por lo que resulta necesario formular una serie de principios para su acoplamiento. Estos principios se construyen tomando en consideración los objetivos de ambos ordenamientos y lo mejor de cada uno de ellos³⁰⁵.

Jan Komárek define o pluralismo constitucional como

[...] constitutional pluralism presupposes that various constitutional authorities can compete over the same territory and the same legal relationships. Pluralism differs from a mere plurality in that these authorities have equally plausible claims to constitutional authority as perceived by those who are subject to them. As a normative theory, constitutional pluralism suggests that irreconcilability of the competing normative claims is desirable. The competing claims to constitutional authority are therefore equally legitimate³⁰⁶.

A teoria do pluralismo constitucional parte da premissa da coexistência de ordens jurídicas em um mesmo espaço territorial, sem que nenhuma delas possa reivindicar a

³⁰⁴ A ideia de interdependência fica patente, conforme ressalta Paola Andrea Acosta Alvarado (ALVARADO, op.cit., 2015, p. 11), a partir do pensamento de Anne Peters que apregoa que o direito interno, particularmente, o direito constitucional é incapaz de, por si só, assegurar a plena efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos e, com isso, constrói a ideia de um constitucionalismo compensatório (PETERS, Anne. *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*. **Leiden Journal of International Law**, vol. 19, p. 579-610, 2006). Por outro lado, Anne-Marie Slaughter e William Burke-White aduzem que o direito doméstico tem papel fundamental na hora de garantir a efetividade do direito internacional (SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. *The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)*. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André (ed.). **New perspectives on the divide between national & international law**. Oxford: Oxford University Press, p. 110-133, 2007).

³⁰⁵ Segundo o pluralismo constitucional, o direito internacional e o direito interno são dois sistemas diferentes que, no entanto, compartilham vários pontos de interseção, sem implicar qualquer relação hierárquica, por isso é necessário formular uma série de princípios para o seu acoplamento. Esses princípios são construídos levando em consideração os objetivos de ambos os sistemas e o melhor de cada um deles. (ALVARADO, op. cit., 2016b, p. 29, tradução nossa).

³⁰⁶ O pluralismo constitucional pressupõe que diversas autoridades constitucionais possam competir no mesmo território e nas mesmas relações jurídicas. O pluralismo difere de uma mera pluralidade na medida em que essas autoridades têm reivindicações igualmente plausíveis à autoridade constitucional como percebidas por aqueles que estão sujeitos a elas. Como uma teoria normativa, o pluralismo constitucional sugere que a irreconciliabilidade das reivindicações normativas concorrentes é desejável. As reivindicações concorrentes à autoridade constitucional são, portanto, igualmente legítimas. (KOMÁREK, Jan. **The legal world beyond the state: constitutional and pluralist?** Disponível em: <https://cosmopolis.wzb.eu/content/programs/conkey_Komarek_legal-world-beyond-state.pdf>. Acesso em 27 de dezembro de 2016, tradução nossa).

qualidade de fonte última de autoridade jurídica no território³⁰⁷, conforme sustenta Paola Andrea Acosta Alvarado:

[...] según el pluralismo constitucional ya no se trata de seguir o no una regla última del derecho nacional, regional o universal; es la existencia de principios comunes del constitucionalismo y las relaciones entre diversos ordenamientos jurídicos lo que determina las prácticas constitucionales. En este sentido, cuando nos referimos a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno y, por lo tanto, a la relación entre sus operadores jurídicos, ya no podemos hablar de una pirámide en estricto sentido; ahora estos ordenamientos se relacionan a través de un ejercicio de acoplamiento, que se desarrolla a través del dialogo, más que por medio de una relación de jerarquía³⁰⁸.

Segundo Miguel Poiars Maduro, o pluralismo constitucional é uma teoria concomitantemente descritiva e normativa. Sob o aspecto descritivo, “[...] constitutional pluralism is what best describes the current legal reality of competing constitutional claims of final authority among different legal orders and judicial attempts at accommodating them”³⁰⁹. Já em relação à dimensão normativa, prescreve-se uma relação heterárquica, ao invés de hierárquica, nos casos de pluralidade de ordens jurídicas sobrepostas que arrogam para si a última palavra sobre a interpretação do direito no mesmo território³¹⁰.

A teoria do pluralismo constitucional permite prevenir e solucionar conflitos constitucionais entre ordens jurídicas de matrizes distintas e com ambição de regência em um mesmo espaço territorial de maneira não-hierárquica³¹¹, embasado no diálogo e na articulação entre os sistemas jurídicos fundados em uma linguagem comum materializada em princípios, objetivos e valores intrinsecamente constitucionais e compartilhados entre os ordenamentos entrelaçados³¹². Nas palavras de Mattias Kumm,

³⁰⁷ ALVARADO, op. cit., 2016b, p. 29-30.

³⁰⁸ Segundo o pluralismo constitucional, já não se trata mais de uma questão de seguir ou não uma regra última do direito nacional, regional ou universal; é a existência de princípios comuns do constitucionalismo e as relações entre diferentes sistemas jurídicos que determinam as práticas constitucionais. Nesse sentido, quando nos referimos às relações entre direito internacional e direito interno e, portanto, à relação entre seus operadores jurídicos, não podemos mais falar de uma pirâmide em sentido estrito; agora esses arranjos são relacionados através de um exercício de acoplamento, que é desenvolvido através do diálogo, e não através de uma relação de hierarquia. (ALVARADO, op. cit., 2015, p. 125, tradução nossa).

³⁰⁹ O pluralismo constitucional é o que melhor descreve a realidade jurídica atual de reivindicações constitucionais concorrentes de autoridade final entre diferentes ordens jurídicas e tentativas judiciais de acomodá-las. (MADURO, Miguel Poiars. Three claims of constitutional pluralism. In: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan. **Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond**. Portland: Hart Publishing, p. 67-85, 2012, p. 69, tradução nossa).

³¹⁰ MADURO, op. cit., 2012, p. 75.

³¹¹ MADURO, Miguel Poiars. In search of a meaning and not in search of the meaning: judicial review and constitution in times of pluralism. **Wisconsin Law Review**, p. 541-563, 2013, p. 545. Disponível em: <<http://wisconsinlawreview.org/wp-content/uploads/2013/05/7-Maduro.pdf>>. Acesso em 05 fev. 2017.

³¹² ALVARADO, op., cit., 2015, p. 188.

Instead of being constrained by *neither* national or European constitutional law, when choosing the right rule, national courts ought to seek guidance from both. The task of national courts is to construct an adequate relationship the national and the European legal order on the basis of the best interpretation of the principles underlying them both. The right conflict rule or set of conflict rules for a national judge to adopt is the one that is best calculated to produce the best solutions to realise the ideals underlying legal practice in the European Union and its Member States³¹³.

Recusam-se a ideia monista kelseniana de que o direito nacional e o direito internacional são partes de um mesmo sistema jurídico hierarquicamente ordenado e a lógica dualista de que eles são ordenamentos estritamente separados. O pluralismo reconhece que a ordem nacional e a ordem internacional são sistemas jurídicos distintos, mas interconectados, cuja interação é horizontal e mediada pela identidade de valores, princípios e regras próprios do constitucionalismo, o que significa dizer que a relação entre eles é cada vez mais constitucionalizada³¹⁴. A coerência e a integridade entre as ordens jurídicas são alcançadas, desse modo, através da articulação entre os sistemas sob a regência de valores e princípios constitucionais comuns³¹⁵.

Os ordenamentos jurídicos, nacional e interamericano de direitos humanos, estão, à luz do pluralismo constitucional, separados um do outro, mas entrelaçados, vale dizer, interconectados, e os Estados já não são as únicas fontes de autoridade constitucional³¹⁶, como é o caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujas normas têm qualidade constitucional.

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce nítida função constitucional. A jurisdição constitucional foi inicialmente teorizada como mecanismo de garantia da supremacia do texto formal da Constituição³¹⁷, contudo, no constitucionalismo contemporâneo do século XXI, a jurisdição constitucional se apresenta também como importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais e dos direitos humanos,

³¹³ Ao invés de ser limitado pelo direito constitucional nacional ou europeu, ao escolher a regra correta, os tribunais nacionais devem procurar orientação de ambos. A tarefa dos tribunais nacionais é construir uma relação adequada com a ordem jurídica nacional e europeia, com base na melhor interpretação dos princípios subjacentes a ambos. A regra do conflito correto ou o conjunto de regras de conflito para um juiz nacional adotar é aquele que é melhor calculado para produzir as melhores soluções e para realizar os ideais subjacentes à prática jurídica na União Europeia e seus Estados Membros. (KUMM, Mattias. The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional treaty. **European Law Journal**, Oxford, vol. 11, n. 03, p. 262-307, 2005, p. 286, tradução nossa).

³¹⁴ ULFSTEIN, Geir. The relationship between constitutionalism and pluralism. **Goettingen Journal of International Law**, Göttingen, vol. 04, n. 02, p. 575-583, 2012, p. 581.

³¹⁵ ALVARADO, op, cit., 2015, p. 188.

³¹⁶ HUOMO-KETTUNEN, Merita. Heterarchical constitutional structures in European legal space. **European Journal of Legal Studies**, Florença, vol. 06, n. 01, p. 47-65, 2013, p. 49.

³¹⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

uma vez que a validade da lei não mais se resume à observância do devido processo legislativo.

A evolução cultural que as duas Grandes Guerras, na primeira metade do Século XX, ensejaram, dos horrores do nazismo e do fascismo ao reconhecimento do homem como cidadão dotado de dignidade humana, permitiu que a humanidade desse um passo a mais no seu caminho, mostrando à comunidade jurídica que a legitimidade da lei não mais poderia ser aferida unicamente com base em sua regularidade formal, de modo que se faz mister também a análise da compatibilidade material da legislação infraconstitucional com os direitos fundamentais positivados na Constituição e com os tratados de direitos humanos³¹⁸. Afinal, como diz Paulo Bonavides, “[...] a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede à época da separação de poderes”³¹⁹.

Os direitos fundamentais e os direitos humanos são verdadeiros limites à atuação estatal e à deliberação democrática, de modo que a jurisdição constitucional e, mais especificamente, o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade passam a ter grande relevância como instrumentos de proteção e promoção de tais direitos.

As diversas teorias monistas, inclusive o monismo moderado, sustentam a existência de hierarquia entre as normas jurídicas locais e internacionais³²⁰, ainda que se busquem a harmonia e a coordenação entre as ordens jurídicas interna e externa. Já o pluralismo constitucional afasta a compreensão de supremacia ou hierarquia normativa entre Carta Magna e tratados internacionais de direitos humanos e abraça a ideia da existência de interação entre os diversos ordenamentos jurídicos para a consecução de valores, princípios e objetivos comuns³²¹.

As normas internacionais de direitos humanos, as constituições nacionais e, no caso europeu, o direito comunitário não são partes de um ordenamento jurídico unitário, razão pela qual se afasta a ideia de hierarquia como mecanismo que define a relação entre tais ordens jurídicas³²². A teoria do pluralismo constitucional se propõe a assegurar a coerência e a harmonia entre as ordens jurídicas nacional e internacional sem a adoção do critério hierárquico de solução de antinomias, tal como preceituado pelo monismo, mas, por meio do

³¹⁸ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 104.

³¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004, p. 127.

³²⁰ GAJA, op. cit., 2007, p. 61.

³²¹ ALVARADO, op. cit., 2015, p. 188.

³²² BOGDANDY, op. cit., 2014, p. 20.

exercício do diálogo e da cooperação, fundados numa identidade de valores, de finalidades e de princípios essenciais a ambos os sistemas³²³.

No caso de conflitos entre direito constitucional nacional e o direito internacional dos direitos humanos, as regras comuns de solução de antinomias, quais sejam, cronológico, especialidade e hierárquico, não se aplicam. É nesse espaço delimitado que se deve adotar a teoria do pluralismo constitucional, em que princípios do constitucionalismo, especificamente o Estado de Direito, a democracia e os direitos humanos são utilizados para responder a questões relacionadas a conflitos sistêmicos³²⁴. Na visão de Miguel Poiars Maduro, a relação entre os sistemas jurídicos e os seus atores deve ser de diálogo, de cooperação e de deferência mútua com o objetivo de realizar os valores, os princípios e os objetivos comuns aos ordenamentos jurídicos entrelaçados³²⁵.

A interação entre os sistemas jurídicos brasileiro e interamericano não pode ser compreendida através da hierarquia ou da supremacia de uma esfera sobre outra, como quer o Supremo Tribunal Federal ao adotar a tese da suprallegalidade de tratados de direitos humanos, mas mediada por valores e princípios do constitucionalismo, dentre os quais a proteção dos direitos humanos, que seriam assegurados normativamente através da ideia de dignidade humana como pressuposto e fundamento do direito e institucionalmente por meio do compromisso de todos os atores oficiais de desempenharem suas funções no sentido de garantirem a coerência e a efetividade dos direitos humanos³²⁶.

Para tanto, a relação entre o direito doméstico e o direito internacional dos direitos humanos “[...] is now horizontal rather than vertical – heterarchical rather than hierarchical [...]”³²⁷. A heterarquia “[...] es una estructura de red distribuida horizontalmente, en la que los procesos de toma de decisión están bastante descentralizados [...]”³²⁸, ou dito de outra forma, refere-se a “una organización horizontal y bidireccional, que genera una ausencia de poder de unos sobre otros, aunque se haga presente la influencia entre pares”³²⁹.

³²³ KLAMERT, Marcus. **The principle of loyalty in EU law**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 226.

³²⁴ AVBELJ, Matej; KOMARÉK, Jan. Four visions of constitutional pluralism: symposium transcript. **European Journal of Legal Studie**. Fiesole, vol. 2, n. 1, p. 325-370, 2008. p. 353. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334219>. Acesso em: set. 2018.

³²⁵ Ibidem, p. 341.

³²⁶ AVBELJ; KOMARÉK, op. cit., 2008, p. 353.

³²⁷ É agora horizontal em vez de vertical - heterárquica ao invés de hierárquico. (WALKER, op. cit., 2002, p. 337, tradução nossa).

³²⁸ É uma estrutura de rede distribuída horizontalmente, em que os processos de tomada de decisão são bastante descentralizados. (MEZZA-GARCIA, Nathalie; MALDONADO, Carlos Eduardo. Crítica al control jerárquico de los regímenes políticos: complejidad y topología. **Desafíos**, Bogotá, v. 27, n. 1, p. 121-158, 2015, p. 143, tradução nossa).

³²⁹ [...] uma organização horizontal e bidireccional, que gera uma ausência de poder de alguns sobre os outros, embora a influência entre os pares esteja presente (BATISTA, Juliana Peixoto. Fragmentación normativa y

A existência de heterarquia, ao invés de hierarquia, entre o sistema jurídico nacional e o direito internacional, notadamente o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, permite concluir que eles são ordenamentos jurídicos distintos, mas interconectados e interdependentes, que se relacionam, institucional, normativa e jurisdicionalmente, de forma horizontal, sem critério de superioridade alguma, com o objetivo comum único de proteger e promover os direitos humanos e, por consequência, o ser humano³³⁰.

Aliás, Daniel Halberstam sustenta que

[...] constitutional heterarchy reflects the idea that the coordination among the various actors is based in constitutional considerations, that is, in the values of constitutionalism itself. Because conflict and accommodation are ordered in this way, constitutional heterarchy helps crystallize what these values are³³¹.

O pluralismo constitucional molda a relação entre ordenamentos jurídicos em termos de diálogo, de cooperação e de heterarquia constitucional³³². A heterarquia reclama, por sua vez, que a interação entre as ordens jurídicas, nacional e internacional, deva ser dirigida à realização de valores e princípios constitucionais comuns, especialmente a proteção dos direitos humanos³³³. Logo, a relação do direito constitucional brasileiro com o direito internacional dos direitos humanos não se concebe, a partir do marco teórico do pluralismo constitucional, em termos hierárquicos, mas heterárquico³³⁴.

Para Miguel Poiares Maduro,

[...] to take full advantage of this legal pluralism we need to discover forms of reducing or managing the potential conflicts between legal orders while promoting communication between them and requiring courts to conceive of their decisions and conflicts of interests at hand in the light of a broader European legal order - one which arises from the discourse between EU and national legal orders³³⁵.

asimetrías en la OMC: ¿maraña de normas o margen de maniobra? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 1, p.169-191, jan./abr. 2018, p. 174, tradução nossa).

³³⁰ ALVARADO, op. cit., 2016b, p. 30.

³³¹ A heterarquia constitucional reflete a ideia de que a coordenação entre os vários atores se baseia em considerações constitucionais, isto é, nos valores do constitucionalismo em si. Como o conflito e a acomodação são ordenados dessa maneira, a heterarquia constitucional ajuda a cristalizar o que esses valores são. (HALBERSTAM, Daniel. Constitutional heterarchy: the centrality of conflict in the European Union and United States. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (eds.). **Ruling the world?: constitutionalism, international law, and global governance**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 326-355, 2009, p. 337, tradução nossa).

³³² KLAMERT, op. cit., 2014, p. 227.

³³³ HALBERSTAM, op. cit., 2009, p. 352.

³³⁴ ALVARADO, op. cit., 2015, p. 187.

³³⁵ Para aproveitar ao máximo esse pluralismo jurídico, precisamos descobrir formas de reduzir ou gerenciar os conflitos potenciais entre as ordens jurídicas, promovendo a comunicação entre elas e exigindo que os tribunais concebam suas decisões e conflitos de interesses à luz de uma ordem jurídica europeia mais ampla - que surge do discurso entre a UE e as ordens jurídicas nacionais. (MADURO, Miguel Poiares. *Contrapunctual law: europe's constitutional pluralism in action*. In: WALKER, Neil (ed.). **Sovereignty in transition**. Portland: Hart

A hierarquia remete à imagem de uma estrutura vertical, piramidal e à existência de uma única autoridade máxima no sistema, que seria a Constituição ou o direito internacional, ao passo que a heterarquia pressupõe a inexistência predeterminada de hierarquia entre os ordenamentos jurídicos enlaçados³³⁶.

A adoção de uma relação heterárquica impõe que eventuais antinomias entre o direito constitucional brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos devam ser solucionadas com base no princípio do *pro personae*, ao invés da adoção dos velhos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade. Assim, a depender das circunstâncias do caso concreto, deve-se escolher a solução que melhor promova a proteção do ser humano, de modo que a Carta Magna poderá triunfar sobre o direito internacional, ou vice-versa³³⁷.

O direito constitucional e o direito internacional não podem ser compreendidos como partes integrantes de um único sistema jurídico hierarquicamente estruturado, como o monismo apregoa, uma vez que princípios comuns subjacentes a ambos os sistemas jurídicos, como a proteção e a promoção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, fornecem um quadro coerente para solucionar eventuais conflitos entre os ordenamentos jurídicos, que poderão apontar, em um determinado caso, para a primazia do direito internacional sobre o nacional e, em outros casos, para a prevalência do direito nacional sobre o internacional³³⁸.

O princípio do *pro homine* é a chave para a garantia de coerência jurídica na relação entre o direito interamericano de direitos humanos e o direito constitucional nacional porque desempenha papel central na solução de eventuais conflitos entre tais sistemas, no sentido de fortalecer a proteção do ser humano. O pluralismo constitucional prescreve, como advertem Angela Jank Calixto e Luciani Coimbra de Carvalho, “a necessidade de análise dos diversos dispositivos normativos existentes, sejam esse nacionais ou internacionais, para, a partir do estabelecimento de um diálogo, buscar a norma ou interpretação do direito que melhor garanta a efetividade dos Direitos Humanos”³³⁹, ou seja, mais protetiva para a pessoa humana.

A Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador são tratados internacionais de direitos humanos internalizados no ordenamento jurídico nacional com status constitucional. É nesse contexto que o direito interno brasileiro se interconecta com o Sistema

Publishing, p. 501-564, 2003, p. 523, tradução nossa).

³³⁶ HUOMO-KETTUNEN, op. cit., 2013, p. 50.

³³⁷ NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. Beyond divide. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André (ed.). **New perspectives on the divide between national & international law**. Oxford: Oxford University Press, p. 341-360, 2007b, p. 346.

³³⁸ KUMM, op. cit., 2009, p. 274.

³³⁹ CALIXTO; CARVALHO, op. cit., 2017, p. 16-17.

Interamericano de Direitos Humanos, cuja relação não é hierarquicamente ordenada, de modo que os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal não podem ser localizadas em um plano supra ou infraconstitucional.

O pluralismo constitucional, que envolve a relação entre o direito doméstico brasileiro, o direito internacional de direitos humanos e o direito constitucional estrangeiro, concebe o sistema jurídico brasileiro; e, em relação ao objeto deste trabalho de pesquisa, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como ordenamentos jurídicos diferentes, mas entrelaçados, interconectados e interdependentes porque compartilham objetivos (a promoção e a proteção da dignidade humana plasmada nos direitos humanos e nos direitos fundamentais), destinatários (Estados soberanos e o ser humano) e competências (tutelar os direitos humanos, primeiramente no âmbito da jurisdição interna e, subsidiariamente, na esfera da Corte Interamericana de Direitos Humanos), sem que isso signifique a existência de hierarquia de um sobre o outro.

A relação entre o sistema jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano é, nos dias atuais, reiterada-se, de colaboração, de cooperação e de influências recíprocas, cujas normas estão interconectadas. Tal interação não pode ser compreendida a partir da questão da supremacia ou hierarquia normativa.

Segundo Neil Walker,

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 development³⁴⁰.

O pluralismo constitucional, ao compreender o fenômeno da pluralidade de ordens jurídicas desde a perspectiva de que eventuais antinomias jurídicas são solucionadas por critério não-hierárquico³⁴¹, permite pensar a relação entre o direito brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos numa perspectiva geométrica de teia ou rede constitucional, o que propiciaria a consecução multinível de funções e objetivos

³⁴⁰ O pluralismo constitucional reconhece que no mundo pós-westfaliano existe uma variedade de diferentes sítios e processos constitucionais configurados em um padrão heterárquico e não hierárquico, e busca desenvolver uma série de índices empíricos e critérios normativos que nos permitem entender essa configuração emergente e avaliar a legitimidade do seu desenvolvimento. (WALKER, op. cit., 2002, p. 317, tradução nossa).

³⁴¹ MADURO, Miguel Poiars. Interpreting european law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism. **European Journal of Legal Studies**, vol. 1, n. 2, p. 137-152, 2007, p. 137.

intrinsecamente constitucionais, como a tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, por diferentes atores e instituições³⁴². A esse respeito:

All in all, 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 constitutional elements at the various levels and in the various sectors may complement and support each other. I call this criss-cross a ‘constitutional network’³⁴³.

O direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos devem ser compreendidos sob a forma geométrica de uma rede ou teia constitucional, que se complementam e se influenciam mutuamente³⁴⁴. A propósito,

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 construction of a transnational constitutional network, in which the relevant norms cannot be aligned in an abstract hierarchy, has at least one important legal consequence: the resolution of eventual conflicts between international and national law requires a balancing of interests in concrete cases³⁴⁵.

José Joaquim Gomes Canotilho refere-se ao pluralismo constitucional como interconstitucionalidade. Teoria esta que “[...] estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político [...]”³⁴⁶, a instituir uma rede normativa formada por normas constitucionais nacionais e normas internacionais constitucionais (tratados de direitos humanos, por exemplo), substituindo o esquema hierárquico-normativo do direito constitucional por uma relação horizontal³⁴⁷.

³⁴² ALVARADO, op., cit., 2015, p. 113-114.

³⁴³ De modo geral, considerando simultaneamente o direito internacional e o direito interno, podemos discernir elementos de direito constitucional fragmentados em vários níveis de governança, em parte apenas relacionados a setores específicos (por exemplo, direito de direitos humanos ou direito comercial). Podemos visualizar esses elementos como situados tanto “horizontalmente” (setorialmente) como “verticalmente” (abrangendo o nível internacional e nacional). Os elementos constitucionais nos vários níveis e nos vários setores podem se complementar e apoiar-se mutuamente. Eu chamo esse entrecruzamento de “rede constitucional”. (PETERS, op. cit., 2006, p. 601, tradução nossa).

³⁴⁴ Ibidem, p. 601.

³⁴⁵ O termo “rede”, que está atualmente em voga em várias disciplinas, é usado aqui para descrever relacionamentos e interação de normas e de seus usuários. [...] A construção de uma rede constitucional transnacional, em que as normas relevantes não podem ser alinhadas em uma hierarquia abstrata, tem pelo menos uma consequência jurídica importante: a resolução de eventuais conflitos entre leis internacionais e nacionais exige equilíbrio de interesses em casos concretos. (PETERS, op. cit., 2006, p. 602, tradução nossa).

³⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 2008, p. 266.

³⁴⁷ CANOTILHO, op. cit., 2008, p. 269.

Segundo sustenta Paola Andrea Acosta Alvarado, a rede ou teia constitucional que pode ser compreendida como um conjunto de “herramientas, instituciones o personas relacionadas u organizadas, de manera formal o informal, para la consecución de un determinado fin u objetivo común”³⁴⁸, inclusive os direitos humanos no âmbito do latino-americano, razão pela qual a própria jurista colombiana sustenta a existência de uma rede judicial interamericana conformada por magistrados domésticos e internacionais cuja missão precípua é a proteção dos direitos humanos³⁴⁹.

No caso específico do ordenamento jurídico nacional e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, percebe-se a existência de textos normativos de matrizes distintas, nacional e internacional, e instâncias jurisdicionais autônomas, no caso a Corte Interamericana e o Poder Judiciário brasileiro, com ambição de regência em um mesmo espaço sociopolítico, com objetivos comuns, quais sejam, promover e proteger o ser humano, de modo que não se pode compreender esta relação dissociada do pluralismo constitucional.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os ordenamentos jurídicos domésticos da América Latina são interdependentes e estão interconectados em forma de rede ou teia constitucional, sem hierarquia normativa, decompondo-se, assim, a pirâmide kelsinana, que já não mais serve para retratar a interação entre direito constitucional interno e direito internacional.

Os tratados internacionais de direitos humanos, especialmente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador e as sentenças da Corte Interamericana exercem o papel de pontes de comunicação entre os diferentes ordenamentos jurídicos nacionais e internacional, o que permite a interação e o diálogo entre as ordens jurídicas.

A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, assim como os demais tratados internacionais de direitos humanos, permitem a conformação geométrica dos ordenamentos jurídicos em forma de teia ou rede todos eles interconectados e entrelaçados, influenciando-se e complementando-se mutuamente em prol do ser humano. Segundo Bruno Barbosa Borges, ao longo do século XXI, a interação entre ordens jurídicas se intensificou de forma bastante intensa, onde os sistemas jurídicos internos estão cada vez mais se comunicando com outras ordens jurídicas domésticas, regionais e universais³⁵⁰.

³⁴⁸ “[...] ferramentas, instituições ou pessoas relacionadas ou organizadas, formal ou informalmente, para a consecução de uma finalidade específica ou objetivo comum” (ALVARADO, op. cit., 2015, p. 27).

³⁴⁹ ALVARADO, op. cit., 2015, p. 112-113.

³⁵⁰ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

A relação formal de hierarquia entre direito internacional dos direitos humanos e Constituição perde relevância no contexto atual porque os princípios constitucionais básicos do Estado de Direito e da proteção dos direitos do homem estão presentes no direito internacional dos direitos humanos, do mesmo modo que os *standards* internacionais relacionados à defesa dos direitos humanos estão incorporados nas constituições nacionais³⁵¹, ainda que possa ocorrer conflitos normativos.

De fato. Conforme já antes referenciado, Ingo Wolfgang Sarlet ensina que os direitos humanos são reconhecidos e positivados em tratados e convenções internacionais e protegem a pessoa em razão de condição humana³⁵², ao passo que os direitos fundamentais são consagrados e positivados na Constituição de determinado Estado, ou seja, no plano interno, e protegem as pessoas que são membros de uma comunidade política³⁵³.

Assim, diante do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais previsto no art. 5º, § 2º, da Carta Política, é possível afirmar que todos os direitos humanos, por estarem calcados na dignidade humana, estão positivados também no plano doméstico brasileiro na forma de direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana não é, ela mesma, um direito fundamental³⁵⁴, mas, na condição de princípio fundamental do Estado brasileiro, é a fonte e o fundamento dos direitos fundamentais³⁵⁵, atuando, portanto, como critério de identificação de direitos materialmente fundamentais eventualmente existentes na ordem jurídica do Brasil. Devido ao exposto, é um equívoco estabelecer uma relação de hierarquia entre tratados internacionais de direitos humanos e Constituição porque os direitos humanos são concomitantemente direitos fundamentais, embora o inverso nem sempre ocorra³⁵⁶.

2.4 A TUTELA MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS NO MARCO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO E DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE*: A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS³⁵⁷

³⁵¹ PETERS, Anne. The globalization of state constitutions. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André (ed.). **New perspectives on the divide between national & international law**. Oxford: Oxford University Press, p. 251-308, 2007, p. 296.

³⁵² SARLET, op. cit., 2015, p. 32.

³⁵³ Ibidem, p. 32.

³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

³⁵⁵ Ibidem, p. 95.

³⁵⁶ Os casos de antinomias entre textos normativos são raros, cuja solução se dará pelo critério do *pro homine*, como será visto mais adiante.

³⁵⁷ O *Ius Constitutionale Commune* latino-americano é abordado na presente tese em uma perspectiva distinta do *Ius Commune* medieval europeu, que teve suas raízes nas universidades medievais europeias, em especial a

O pluralismo constitucional, diante do entrelaçamento de ordens jurídicas, permite pensar em um direito constitucional comum interamericano ou, dito de outra forma, em um *Ius Constitutionale Commune*³⁵⁸ nas Américas, que se fortalece com o diálogo jurisdicional decorrente da interconexão dos sistemas jurídicos³⁵⁹.

Segundo Armin von Bogdandy,

[...] el concepto *Ius Constitutionale Commune en América Latina* se refiere tanto al derecho positivo como al discurso jurídico sobre el mismo. Referirse al fenómeno en tanto que derecho común (*Ius Commune*) se justifica por dos componentes esenciales del enfoque. El primer componente consiste en la nueva apertura de los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos hacia un estrato común de derecho internacional público, sobre todo hacia la Convención Americana. Aunque esta apertura se exprese únicamente en uno o pocos artículos de las constituciones, se sostiene que tal apertura afecta y transforma la esencia del constitucionalismo. Los derechos constitucionales estatales y el derecho internacional público se encuentran en una relación de fortalecimiento mutuo, están llamados a realizar las garantías y promesas del así llamado “bloque de constitucionalidad”. Esta apertura es entonces expresión de un desarrollo común, que además les confiere a los ordenamientos jurídicos estatales una orientación común. De allí que luzca muy congruente que la Corte Interamericana describa el conjunto de los tratados de derechos humanos como un *corpus iuris*. Se trata asimismo de un cambio común, ya que vincular el derecho estatal con el derecho internacional público constituye una ruptura en la manera tradicional de estudiar estas dos áreas del derecho, puesto que tradicionalmente su tratamiento académico e investigación se desarrolla por separado³⁶⁰.

Universidade de Bologna, compreendia o Direito Romano e, em certa medida, o Direito Canônico e era aplicada comumente, desde a Idade Média até o fim do século XVIII, em muitos países da Europa Central e Ocidental, com exceção da Inglaterra e dos países escandinavos (COING, Helmut. *The sources and characteristics of the ius commune*. **Comparative and International Law Journal**, Pretória, v. 19, n. 3, p.483-489, nov.1986). O denominado Direito Comum Europeu medieval constituía uma universalidade de normas, que interagia com as ordens jurídicas locais, o *Ius Proprium*, e aplicado universalmente em vários países europeus (MASSAÚ, Guilherme Camargo. *Ius Commune. Juris – Revista da Faculdade de Direito*, Rio Grande, v. 12, p. 95-108, 2006). A concepção de *Ius Constitutionale Commune*, abraçado neste trabalho científico, traduz, nas precisas lições de Armin von Bogdandy, uma abordagem transformadora, voltada para a mudança das realidades políticas e sociais latino-americanas, a fim de criar a estrutura geral para a plena realização da democracia, o estado de direito e os direitos humanos. O direito internacional dos direitos humanos, particularmente o Pacto de San José da Costa Rica, tornou-se um direito comum aos Estados latino-americanos, que, conjuntamente, com o direito doméstico de cada país, visa promover e proteger os direitos humanos na região, propiciando, inclusive, a construção de um discurso comum de direito comparado sobre o tema entre juristas e órgãos jurisdicionais existentes na América Latina. (BOGDANDY, Armin von. *Ius constitutionale en América Latina: observations on transformative constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 27-48, p. 28-29). O tema *Ius Commune* europeu, notadamente suas origens, desenvolvimento, características e autoridade, não será aqui analisado porque fugiria aos propósitos da presente pesquisa de doutoramento.

³⁵⁸ Esclarece-se, desde já, que a análise que se fará de um *ius constitutione commune* se concentrará especificamente na área de direitos humanos.

³⁵⁹ ANTONIAZZI, Mariela Morales. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 178-227, 2013, p. 213.

³⁶⁰ O conceito de *Ius Constitutionale Commune* na América Latina refere-se tanto ao direito positivo como ao discurso jurídico sobre ele. Referir-se ao fenômeno como um direito comum (*Ius Commune*) é justificada por

Para Manuel Eduardo Góngora-Mera, o *Ius Constitutionale Commune* latino-americano caracteriza:

[...] “a strand of thought that advocates the effective application of constitutional principles such as human rights protection, limited government, check and balances, accountability and independence of judiciary through inter-american human rights instruments and institutions in order compensate for the weakness of rule of law and democratic standards at the domestic level”³⁶¹.

O *Ius Commune* significa a existência de um piso normativo mínimo de salvaguarda dos direitos humanos comum a todos os Estados integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O reconhecimento de um direito constitucional comum na América Latina pressupõe a existência de valores, regras e princípios de natureza constitucional concomitantemente compartilhados entre os Estados, que limitam a atuação dos entes estatais³⁶².

Os direitos humanos consagrados nos tratados internacionais possuem uma dimensão objetiva, no sentido de representam valores constitucionais comuns da ordem internacional³⁶³. Por isso, os direitos humanos catalogados nos tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos formam um conjunto de princípios, regras e valores

dois componentes essenciais da abordagem. O primeiro componente consiste na nova abertura dos sistemas jurídicos estatais latino-americanos em direção a um estrato comum de direito internacional público, especialmente para a Convenção Americana. Embora esta abertura se expresse apenas em um ou poucos artigos das constituições, sustenta-se que tal abertura afeta e transforma a essência do constitucionalismo. Os direitos constitucionais estatais e o direito internacional público estão em um relacionamento que se reforçam mutuamente, eles são chamados a realizar as garantias e as promessas do chamado "bloco de constitucionalidade". Esta abertura é, então, uma expressão de um desenvolvimento comum, que também dá aos sistemas jurídicos estaduais uma orientação comum. Portanto, é muito consistente que a Corte Interamericana descreva o conjunto de tratados de direitos humanos como um *corpus iuris*. É também uma mudança comum, uma vez que vincular o direito estatal ao direito internacional público constitui uma ruptura na maneira tradicional de estudar essas duas áreas do direito, já que tradicionalmente seu tratamento e pesquisa acadêmica são desenvolvidos separadamente. (BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 34, p.03-50, jan./jun. 2015, p. 11, tradução nossa).

³⁶¹ Uma linha de pensamento que defende a aplicação efetiva de princípios constitucionais como proteção dos direitos humanos, governo limitado, freios e contrapesos, prestação de contas e independência do judiciário através de instrumentos e instituições interamericanos de direitos humanos a fim de compensar a fraqueza do Estado de Direito e dos padrões democráticos no nível doméstico. (GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. The block of constitutionality as doctrinal pivot of a *ius commune*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (ed.). **Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of new *ius commune***. New York: Oxford University Press, 2017 p. 235-254, p. 236.

³⁶² CAVALLO, Gonzalo Aguilar. ¿Emergencia de un derecho constitucional común?: el caso de los pueblos indígenas. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 25, p. 41-83, 2010, p. 48.

³⁶³ PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. **Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe**. WHI-Paper 7/04, Humboldt Universitat, Berlin, 2004, p. 05. Disponível em: <<http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0704.pdf>> Acesso em 17 jan. 2017.

básicos comuns nas Américas, que, desse modo, conformam um *ius constitutionale commune* na América Latina baseado na dignidade humana. Eles solidificam o constitucionalismo regional comum, que deve ser respeitado e limita a atividade do Estado.

O objetivo central do constitucionalismo comum latino-americano é garantir o pleno exercício dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, fortalecer a democracia e consolidar o Estado de Direito³⁶⁴, vale dizer, “[...] hacer realidad las promesas y garantías de las constituciones latino-americanas nuevas o reformadas después de la era de los gobiernos autoritarios”³⁶⁵.

Os tratados internacionais de direitos humanos integrantes do Sistema Interamericano são instrumentos normativos de *hard law* vigentes e com textos idênticos nos diversos sistemas jurídicos nacionais, funcionando assim como pontes de contato e de comunicação entre os diversos ordenamentos jurídicos latino-americanos, que passam a se influenciar e a interagir na interpretação e aplicação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais na região, eis que os direitos humanos proporcionam uma linguagem jurídica, política e social comum³⁶⁶. As normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos são internalizadas e reconhecidas como normas constitucionais em diversos países da América Latina, motivo pelo qual se apresentam como um parâmetro constitucional comum entre os Estados latino-americanos³⁶⁷.

Ademais, o *Ius Constitutionale Commune* nas Américas tem um núcleo normativo e jurisdicional comum que é o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que tem por finalidade assegurar a promoção e a proteção dos direitos humanos na região, influenciando não somente as decisões políticas e jurídicas no âmbito interno dos Estados, como também compelindo os Estados a adotarem medidas administrativas, legislativas e jurisdicionais necessárias à efetividade dos direitos humanos³⁶⁸.

Os direitos humanos positivados na Convenção Americana e no Protocolo de San Salvador e a jurisprudência da Corte Interamericana configuram um direito constitucional interamericano, em que os Estados-membros do Sistema Regional de Direitos Humanos compartilham valores, princípios e regras fundados na dignidade da pessoa humana.

³⁶⁴ JARAMILLO, Leonardo García. De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico: la contribución del *ius constitutionale commune*. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 36, p. 131-166, jan./jun. 2016, p. 151.

³⁶⁵ Tornar real as promessas e as garantias das novas ou reformuladas constituições latino-americanas após a era dos governos autoritários. (BOGDANDY, op. cit., 2015, p. 17, tradução nossa).

³⁶⁶ Ibidem, p. 17.

³⁶⁷ CARVALHO, Feliciano de. Os direitos humanos e o constitucionalismo internacional latino-americano. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 17, n. 1, p. 47-64, jan./abr. 2016, p. 48.

³⁶⁸ BOGDANDY, op. cit., 2015, p. 30.

O *Ius Commune* é, portanto, resultado da interação e da interconexão entre o direito constitucional dos Estados latino-americanos e o direito interamericano dos direitos humanos³⁶⁹, conformando um catálogo mínimo de valores, regras e princípios de natureza constitucional voltados à proteção dos direitos humanos. O pluralismo constitucional que se refere ao entrelaçamento entre os distintos sistemas jurídicos, notadamente a interação entre o direito constitucional estatal, o direito internacional dos direitos humanos e, no caso europeu, o direito comunitário da União Europeia, é encontrado no *Ius Constitutionale Commune* na América Latina³⁷⁰, a envolver o enlace da ordem jurídica nacional com o ordenamento jurídico do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e que faz emergir uma fertilização constitucional cruzada, no qual as Cortes Constitucionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos dialogam umas com as outras³⁷¹.

O pluralismo constitucional, no cenário interamericano e no marco do *Ius Constitutionale Commune*, proporciona a construção de uma rede normativa e permite a sedimentação do processo de constitucionalização do direito, nacional e internacional, e o diálogo entre as diferentes esferas normativas e jurisdicionais de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Os ordenamentos jurídicos nacionais latinos estão abertos uns aos outros por meio do diálogo horizontal, em que aplicadores do direito, particularmente os juízes, utilizam o direito comparado como critério hermenêutico do direito doméstico³⁷². A esse respeito, Armin Von Bogdandy ensina que em relação ao direito comum latino-americano:

[...] es necesario concebirlo no como un ordenamiento único, sino como una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad. Ese derecho estaría compuesto por normas internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, a la vez, por normas nacionales con la misma vocación, como son, por ejemplo, las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas, conforme a las cuales los derechos fundamentales deben interpretarse en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por el país³⁷³.

³⁶⁹ GÓNGORA MERA, Manuel. Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas. In: BOGDANDY, Armin Von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). **La justicia constitucional y su internacionalization: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?**, pp. 403-430, 2010, p. 429. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/13.pdf>. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

³⁷⁰ BOGDANDY, op. cit., 2015, p. 33.

³⁷¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 119.

³⁷² BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización. **Estudios Constitucionales**, Talca, ano 12, n. 2, p. 55-108, 2014, p. 88.

³⁷³ É necessário concebê-lo não como uma única ordem jurídica, mas como uma forma de relação entre as normas de vários sistemas que compartilham um mesmo objetivo. Esse direito seria constituído por normas internacionais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, ao mesmo tempo, por normas nacionais

Parafraseando, Miguel Poiars Maduro, o pluralismo constitucional permite reduzir ou solucionar conflitos entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do ordenamento jurídico brasileiro através do diálogo e da cooperação entre as ordens jurídicas entrelaçadas, bem como que os juízes e tribunais nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos fundamentem suas decisões à luz do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, que surge da articulação entre o Sistema Interamericano e as ordens jurídicas locais³⁷⁴.

Em razão da inexistência de hierarquia entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional, a relação harmônica entre os sistemas entrelaçados e a manutenção dos valores e princípios compartilhados devem ser alcançadas pelo pluralismo constitucional fundado no diálogo entre jurisdições e no princípio do *pro homine*.

Além disso, a interconexão entre o direito nacional e o direito internacional proporciona a tutela multinível dos direitos humanos, permitindo, por consequência, a colmatação de eventuais lacunas de proteção existentes no sistema jurídico local ou na ordem internacional e o maior acesso do indivíduo à Justiça, que não fica limitado ao Poder Judiciário doméstico, ante a multiplicidade de jurisdições. Afinal, como ensina Anne Peters, “[...] the constitutionalist reconstruction of international law may help to promote a multi-level, genuinely global constitutionalism, which may compensate for national constitutions’ growing deficiencies [...]”³⁷⁵, eis que as instituições estatais não são suficientes para garantir o respeito aos direitos humanos, requerendo, para tanto, um Estado aberto ao direito internacional e a instituições internacionais autônomas, como os órgãos do Sistema Interamericano.

O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, enquanto um corpo normativo, de valores e de doutrina em matéria de direitos humanos, a conformar uma cultura jurídica comum na região³⁷⁶, pode compensar, como sustenta a jurista Flávia Piovesan, déficits

com a mesma vocação, tais como, por exemplo, cláusulas de abertura ou cláusulas interpretativas, segundo as quais os direitos fundamentais devem ser interpretados em harmonia com os instrumentos internacionais ratificados pelo país. (BOGDANDY, op. cit., 2014, p. 18-19. tradução nossa).

³⁷⁴ MADURO, op. cit., 2003, p. 523.

³⁷⁵ A reconstrução constitucionalista do direito internacional pode ajudar a promover um constitucionalismo multinível genuinamente global, que pode compensar as deficiências crescentes das constituições nacionais. (PETERS, op. cit., 2006, p. 610, tradução nossa).

³⁷⁶ SERNA DE LA GARZA, José María. El concepto del *Ius Commune Latinoamericano* en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 193-214, p. 213.

nacionais, incluída a ausência ou ineficiência doméstica na promoção e proteção dos direitos humanos³⁷⁷.

No âmbito da União Europeia, o pluralismo constitucional possibilita a consecução de um constitucionalismo multinível³⁷⁸ com três pilares de proteção de direitos humanos e de direitos fundamentais – a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e as constituições dos Estados-Membros³⁷⁹-, que estão perfeitamente entrelaçadas e são interdependentes³⁸⁰.

Da mesma forma do que ocorre no continente europeu³⁸¹, o cidadão brasileiro goza de dois níveis básicos de proteção. Em primeiro lugar, tem-se a tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no âmbito interno estatal e, em segundo lugar, a garantia dos direitos humanos na esfera do direito internacional, em especial no Sistema Interamericano de Direitos Humanos³⁸².

A constitucionalização do direito internacional, no marco do modelo pluralista, é a chave para a concretização multinível de um genuíno constitucionalismo global capaz de compensar eventuais omissões ou falhas do Poder Judiciário local na tutela dos direitos humanos no âmbito interno ou complementar a relação de direitos fundamentais, eis que os níveis constitucionais, isto é, os sistemas jurídicos enlaçados são interdependentes³⁸³.

Os Estados, por meio do direito constitucional doméstico e das instituições políticas e jurisdicionais, nem sempre conseguem assegurar, por si só, a efetividade dos direitos humanos. Quando isso ocorre, os organismos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, poderão complementar

³⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges and perspectives*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 49-66, p. 51.

³⁷⁸ Ingolf Pernice define o constitucionalismo multinível como “[...] a theoretical approach to conceptualize the constitution of the European system as an interactive process of establishing, dividing, organizing, and limiting powers, involving national constitutions and the supranational constitutional framework, considered as two interdependent components of a legal system governed by constitutional pluralism instead hierarchies” (PERNICE, Ingolf. *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*. **The Columbia Journal of European Law**, Nova York, vol. 15, n. 3, p. 349-407, 2009, p. 349).

³⁷⁹ PERNICE, op. cit., 2009, p. 401-402.

³⁸⁰ PERNICE, Ingolf. *El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, n. 17, 2012, p. 06. Disponível em: http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm. Acesso em 18 de janeiro de 2017.

³⁸¹ O constitucionalismo multinível europeu não será objeto de reflexão na presente tese porque foge aos propósitos do projeto de pesquisa de doutoramento.

³⁸² Registre-se que o constitucionalismo “multinível” não implica, como pode parecer, na existência de hierarquia ou de subordinação entre o direito internacional e o direito constitucional nacional (PERNICE, op. cit., 2009, p. 383).

³⁸³ PERNICE, op. cit., 2012, p. 08.

o déficit constitucional no âmbito interno, obrigando os Estados a assegurar plenamente o exercício dos direitos humanos violados.

O catálogo dos direitos humanos positivados nos tratados internacionais complementa o rol de direitos fundamentais consagrados nas constituições, o que é possível, no caso brasileiro, a partir da cláusula de abertura do direito nacional ao direito internacional constante do art. 5, § 2º, da Constituição Federal. O art. 29, alínea “b”, do Pacto de San José da Costa Rica, por exemplo, dispõe expressamente que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que tenham sido juridicamente reconhecidos por qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que sejam parte. O direito internacional dos direitos humanos exerce, portanto, uma função complementar ao direito constitucional interno. Aos direitos fundamentais somam-se os direitos humanos para a efetividade da proteção e promoção da dignidade do homem, daí a afirmação de que “[...] os direitos humanos e fundamentais, individuais e sociais, se complementam e se exigem reciprocamente”³⁸⁴.

A efetividade dos direitos humanos, assim como a solução de determinadas questões globais, reclama por um constitucionalismo compensatório no âmbito internacional³⁸⁵, no sentido de que os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos poderiam corrigir falhas ou omissões domésticas na tutela de tais direitos.

Os instrumentos, mecanismos e procedimentos existente no direito doméstico podem ser ineficientes ou insuficientes para concretizar plenamente os direitos humanos no âmbito interno estatal, de modo que a existência de um sistema multinível de tutela dos direitos humanos viabiliza a compensação de eventuais deficiências, omissões ou falhas do Poder Judiciário brasileiro nesse desiderato.

A globalização reduziu a capacidade dos Estados de solucionar determinados problemas relacionados aos direitos humanos, seja porque eles são transfronteiriços, como são os casos do aquecimento global e da migração, ou por questões eminentemente internas, obrigando os Estados a delegar tarefas para atores não-estatais, internacionais e supranacionais³⁸⁶, dentre os quais a Organização das Nações Unidas e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, instituído pela Organização dos Estados Americanos. Aliás, Dieter Grimm alerta que

³⁸⁴ MOLINARO, op. cit., 2015, p. 273.

³⁸⁵ PETERS, op. cit., 2006, p. 580.

³⁸⁶ PETERS, op. cit., 2007, p. 280.

[...] in order to enhance their problem-solving capacity, the states began to establish international organisations to whom they transferred sovereign rights which these organisations exercise within the states and unimpeded by their rights to self-determination. [...] It is no longer doubtful that, if state completely disregards the human rights of its population or minorities within the population, the UN has in principle the power of humanitarian intervention.³⁸⁷.

A cláusula de abertura do direito doméstico ao direito internacional dos direitos humanos, prevista no art. 5º, §§ 2º e 3º, da Carta Magna, não assegura, por si só, a plena satisfação dos direitos humanos no plano interno brasileiro, daí a necessidade da adoção da tutela multinível dos direitos humanos, como alternativa para “[...] an increase in problem-solving capacity in matters that could be no longer be effectively handled on the national level”³⁸⁸.

O constitucionalismo multinível, assim como o pluralismo constitucional, não aspira a conformação de um sistema constitucional único, mas a interconexão e a interdependência de ordenamentos jurídicos, devidamente articulados para a realização de objetivos constitucionais comuns³⁸⁹, como a proteção e a promoção dos direitos humanos. Os direitos fundamentais são vinculantes dentro de uma ordem constitucional estatal, ao passo que os tratados de direitos humanos se destinam a proteção multinível do ser humano, na medida em que seus preceitos são obrigatórios na ordem jurídica interna e internacional

O ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano se entrelaçam e interagem para o profícuo exercício multinível da função constitucional de proteção e de promoção dos direitos humanos, cuja articulação se dá por meio de ferramentas de governança multinível³⁹⁰, tais como o princípio da subsidiariedade, o princípio da complementariedade, o princípio *pro homine*, o controle de convencionalidade e do uso de instrumentos jurídicos próprios do sistema jurídico brasileiro para assegurar o efetivo cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A conformação geométrica do ordenamento jurídico em forma de teia ou rede constitucional, na perspectiva do pluralismo constitucional, permite a comunicação entre ordens jurídicas e, por consequência, o diálogo judicial³⁹¹ entre as Cortes Constitucionais dos

³⁸⁷Para aumentar a capacidade de resolução de problemas, os estados começaram a estabelecer organizações internacionais a quem transferiram direitos soberanos que essas organizações exercem dentro dos estados e sem impedimentos por seus direitos à autodeterminação. [...] Não é mais duvidoso que, se o Estado ignorar completamente os direitos humanos de sua população ou minorias dentro da população, a ONU tem, em princípio, o poder da intervenção humanitária. (GRIMM, op. cit., 2010, p. 14, tradução nossa).

³⁸⁸ Um aumento da capacidade de resolução de problemas em questões que já não poderiam ser efetivamente tratadas no nível nacional. (GRIMM, op. cit., 2010, p. 16, tradução nossa).

³⁸⁹ ALVARADO, op. cit., 2015, p. 183.

³⁹⁰ Ibidem, p. 185.

³⁹¹ MADURO, op. cit., 2007, p. 150.

Estados e entre estas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, facilitando a construção hermenêutica adequada à efetiva tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais nos âmbitos interno e externo.

A rede ou teia constitucional é formada por juízes constitucionais nacionais e o Tribunal Interamericano, que se relacionam através do diálogo judicial, com o escopo precípua de promover a defesa eficiente dos direitos humanos³⁹². Trata-se, na verdade, de uma rede articulada em vários níveis, horizontais (entre juízes constitucionais de diversos países latino-americanos) e verticais (entre os juízes nacionais e a Corte Regional), sem que exista hierarquia entre eles, onde cada nível exerce funções constitucionais visando a harmonização dos ordenamentos jurídicos entrelaçados e, por via de consequência, assegurar a proteção dos indivíduos³⁹³.

A interconexão de ordens jurídicas produz um efeito de fertilização cruzada de experiências constitucionais, em que os ordenamentos jurídicos nacionais influenciam a criação, a interpretação e a aplicação do direito internacional e são, por outro lado, influenciados pelo arcabouço normativo e jurisprudencial externo. É o que Anne-Marie Slaughter chama de “constitutional cross-fertilization”³⁹⁴.

A República Federativa do Brasil e os demais Estados integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos compartilham valores comuns que estão positivados nos tratados internacionais que compõem o Sistema Interamericano. Tais atos normativos são vigentes concomitantemente em diversas ordens jurídicas nacionais, de modo que as decisões proferidas pelas cortes constitucionais estrangeiras, especialmente as latino-americanas, envolvendo direitos humanos produzem externalidades jurídicas porque poderão ser utilizadas como elemento persuasivo na interpretação e aplicação do direito nacional³⁹⁵. Não se trata, evidentemente, de adotá-las como fundamento de autoridade da decisão no âmbito doméstico, mas tê-las em conta na leitura e aplicação dos aludidos tratados no âmbito da jurisdição interna. Vale dizer: elas servem de guia hermenêutico no âmbito judicial brasileiro. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são, por outro lado, vinculantes para os órgãos do Poder Judiciário local, como se verá mais adiante.

³⁹² ACOSTA, Paola Andrea. *Ius Commune* interamericano: brevíssimas notas sobre el concepto de diálogo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 371-384, p. 379-380.

³⁹³ ALVARADO, op. cit., 2015, p. 112-114.

³⁹⁴ Fertilização cruzada constitucional. (SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. **Virginia Journal International Law**, vol. 40, p. 1.103-1.124, 2000, p. 1.116, tradução nossa).

³⁹⁵ MADURO, op. cit., 2007, p. 150-151.

Os Estados e suas constituições são incapazes de controlar e solucionar, política e juridicamente, por si só, questões ou problemas que ultrapassam suas fronteiras, como os relacionados ao meio ambiente, ao terrorismo, aos refugiados e aos direitos humanos, o que os obriga a cooperarem com organismos internacionais, como a Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como com outros Estados soberanos³⁹⁶.

A complexidade das questões que se apresentam à humanidade nos dias atuais, fruto do processo de globalização, exige a adoção de um constitucionalismo compensatório no plano internacional, com o escopo de superar as deficiências estatais locais e, com isso, dar respostas adequadas aos desafios contemporâneos, notadamente os relacionados à garantia de direitos e de valores comuns como a liberdade, a igualdade e a solidariedade³⁹⁷.

A constitucionalização do direito internacional compensa o déficit constitucional da ordem jurídica doméstica, com vistas a salvaguardar os princípios e os valores essenciais do constitucionalismo, eis que o direito constitucional não consegue controlar sozinho a totalidade do poder político em nome dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. O direito internacional dos direitos humanos, notadamente o Sistema Interamericano, complementaria o ordenamento jurídico nacional, sempre que as instituições domésticas se mostrarem falhas ou omissas na defesa dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais e os direitos humanos se entrecruzam e se assemelham porque ambos abarcam os chamados direitos de primeira, segunda e terceira dimensões, ou seja, civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, na medida em que a maioria dos direitos humanos positivados no Pacto de San José da Costa Rica e no Protocolo de San Salvador está também incorporada, na qualidade de direitos fundamentais, na Constituição Federal de 1988. Aliás, Ingo Wolfgang Sarlet leciona:

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que - no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais - está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente - embora principalmente -, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional³⁹⁸.

³⁹⁶ PETERS, op. cit., 2009, p. 405.

³⁹⁷ PETERS, op. cit., 2006, p. 580.

³⁹⁸ SARLET, op. cit., 2015, p. 32-33.

Assim, os casos de violações a direitos fundamentais, de índole constitucional, podem ser concomitantemente casos relativos a direitos humanos consagrados no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de modo que a promoção e a proteção de direitos fundamentais no plano doméstico representarão também a promoção e proteção de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ou no Protocolo de San Salvador.

Do mesmo modo, a tutela de direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos constitui-se em tutela dos direitos fundamentais. Enfim, o discurso de defesa dos direitos fundamentais é também o discurso de defesa dos direitos humanos e vice-versa.

Na verdade, as ordens jurídicas nacionais e o direito internacional dos direitos humanos têm, como já ressaltado alhures, os objetivos comuns de proteger e promover a dignidade humana. Logo, a ordem jurídica brasileira se entrelaça, necessariamente, com a ordem jurídica interamericana de direitos humanos e são interdependentes para a consecução de objetivos compartilhados e para a solução de problemas comuns, consistente, repita-se, na proteção e na promoção dos direitos humanos.

Os direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais implicam, para o Estado, as obrigações: a) de respeitar o direito, ou seja, de não os violar, por meio de sua conduta; b) de proteger o direito das agressões dos particulares; e c) de satisfazer o direito, cujos casos de violações decorrem, como regra, de omissões do Estado³⁹⁹. Os tratados internacionais de direitos humanos obrigam a todos os órgãos do Estados, inclusive aos parlamentares e juízes nacionais, exigindo-se, portanto, o cumprimento das obrigações convencionais por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁴⁰⁰. Vale dizer: “[...] los Estados deben adoptar las providencias apropiadas para que sus autoridades administrativas y judiciales den cumplimiento, cuando sea menester, a toda obligación internacional del Estado relativa a los derechos humanos”⁴⁰¹.

A República Federativa do Brasil é obrigada a promover as medidas administrativas, legislativas e jurisdicionais necessárias à concretização dos direitos humanos, sob pena de responsabilização internacional, o que ocorrerá sempre que as instituições brasileiras se

³⁹⁹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed.. Madrid: Trotta, 2004, p. 133-134.

⁴⁰⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Vol. I, Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabris Editor, 1997, p. 440-441.

⁴⁰¹ Os Estados devem adotar as medidas adequadas para que suas autoridades administrativas e judiciais deem cumprimento, quando necessário, a qualquer obrigação internacional do Estado em matéria de direitos humanos. (NIKKEN, Pedro. El derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. **Revista do instituto interamericano de direitos humanos**. v. 57, p. 11-68, janeiro/julho de 2013, p. 18, tradução nossa).

mostrarem omissas ou ineficientes na tarefa de promover e proteger tais direitos veiculados em tratados internacionais.

A proteção e a promoção dos direitos humanos exigem, primeiramente, a atuação eficiente dos órgãos internos do Estado, no sentido de assegurar em nível nacional a plena tutela e efetividade dos direitos humanos, impedindo ou reparando danos. A propósito, Antônio Augusto Cançado Trindade afirma:

Os Estados Partes em tratados internacionais de direitos humanos encontram-se, em suma, obrigados a organizar o seu ordenamento jurídico interno de modo que as supostas vítimas de violações dos direitos neles consagrados disponham de um recurso eficaz perante as instâncias nacionais. Esta obrigação adicional opera como uma salvaguarda contra eventuais denegações de justiça, ou atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais da administração da justiça⁴⁰².

A ausência ou insuficiência de respostas às violações de direitos humanos caracterizará ilícito internacional⁴⁰³, ensejando, assim, a atuação subsidiária da jurisdição internacional. O Poder Judiciário brasileiro tem o dever de prover recursos internos eficazes contra violações de direitos consagrados na Constituição da República de 1988 e em tratados internacionais de direitos humanos e o descumprimento das normas convencionais, por ação ou omissão do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, ensejará a responsabilidade internacional do Brasil.

Diante de tal contexto, é possível pensar na interdependência entre o direito nacional e o direito internacional, inclusive o direito internacional dos direitos humanos, à luz do constitucionalismo compensatório, na medida em que o Estado pode ser incapaz de assegurar plenamente o livre exercício dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, cuja tutela de tais direitos no âmbito interno pode ser falha ou deficiente.

Ora, nem sempre se tem a plena proteção e promoção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no âmbito doméstico. Por isso, a efetividade dos direitos positivados no Pacto de San José da Costa Rica e no Protocolo de San Salvador também fica condicionada ao acesso das vítimas ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Por outro lado, a consecução exitosa de um Direito Constitucional Comum Interamericano demanda a existência de instituições internacionais fortes, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, capazes de garantir um mínimo de proteção e de consolidação dos direitos humanos⁴⁰⁴. Entretanto, não há, no âmbito internacional,

⁴⁰² CANÇADO TRINDADE, *op. cit.*, 1997, p. 428-429.

⁴⁰³ PIOVESAN, *op. cit.*, 2013, p. 70.

⁴⁰⁴ BOGDANDY, *op. cit.*, 2014, p. 12.

instrumentos de garantias capazes de assegurar a efetividade aos direitos humanos e impedir as suas contínuas violações⁴⁰⁵.

Desse modo, o sistema jurídico internacional deve aproveitar as instituições domésticas para a realização de objetivos globais, inclusive fortalecendo-as, apoiando-as e compelindo-as a agir⁴⁰⁶. É por essa razão que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é interdependente dos ordenamentos jurídicos nacionais.

As instâncias jurisdicionais e os textos normativos internacionais são incapazes de, sozinhos, assegurarem o respeito e a promoção dos direitos humanos, do mesmo modo que a jurisdição doméstica e o direito constitucional podem ser insuficientes para a efetiva proteção e promoção dos direitos fundamentais, fazendo-se mister, portanto, compreender a relação entre o direito brasileiro e o direito internacional dos direitos humanos através do pluralismo constitucional, que se caracteriza pela interconexão e pela interdependência heterárquica entre os ordenamentos jurídicos⁴⁰⁷. Afinal, como diz Breno Baía Magalhães, “[...] a interdependência de esferas que protegem direitos humanos em planos diferentes (constitucional, regional e global) é uma característica que pode ser incluída na noção de pluralismo constitucional”⁴⁰⁸

Os sistemas jurídicos, doméstico e interamericano, são interdependentes porque não são suficientes para isoladamente tutelarem os direitos humanos e os direitos fundamentais, motivo pelo qual “[...] they must be complemented by other measures from other legal systems and actors interacting in a global space”⁴⁰⁹. Não é por outra razão que Anne-Marie Slaughter e William Burke-White sustentam que a eficácia do direito internacional dos direitos humanos exigirá, cada vez mais, o recurso ao Poder Judiciário doméstico, especialmente quando os governos nacionais relutam em respeitar os tratados e a cumprir decisões das Cortes Internacionais⁴¹⁰. Vale dizer: o direito e as instituições nacionais podem ser usados para compelir agentes públicos estatais a cumprirem as obrigações internacionais, aprimorando, com isso, a efetividade do Sistema Interamericano e promovendo os direitos humanos.

⁴⁰⁵ FERRAJOLI, op. cit., 2004, p. 105.

⁴⁰⁶ SLAUGHTER; BURKE-WHITE, op. cit., 2007, p. 111.

⁴⁰⁷ MACCORMICK, op. cit., 1999, p. 177.

⁴⁰⁸ MAGALHÃES, op. cit., 2015, p. 106.

⁴⁰⁹ Eles devem ser complementados por outras medidas de outros sistemas jurídicos e atores que interagem no espaço global. (CARRILLO-SANTARELLI, Nicolas. Enhanced multi-level protection of human dignity in a globalized context through humanitarian global legal goods. **Global Legal Goods Working Paper N. 2/2011**, p.34. Disponível em: http://www.uam.es/proyectosinv/igl/s_publicaciones/pdf/GLGWP2.pdf. Acesso em 05 de outubro de 2016, tradução nossa).

⁴¹⁰ SLAUGHTER; BURKE-WHITE, op. cit., 2007, p. 125.

As instituições e os instrumentos jurídicos existentes na ordem jurídica doméstica devem ser utilizados para dar legitimidade e efetividade aos textos normativos internacionais de direitos humanos e às decisões proferidas pelos órgãos integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que é possível na medida em que as ordens jurídicas nacionais e o o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao formarem uma rede ou teia constitucional, estabelecem uma relação de colaboração, de mútua influência e de complementariedade.

Os ordenamentos jurídicos brasileiro e interamericano, ao terem como objetivo comum a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, devem manter uma relação de cooperação e de complementariedade recíproca, visando, com isso, ao preenchimento de lacunas e à solução de deficiências eventualmente existentes em cada sistema jurídico. Nesse caso, as autoridades domésticas podem exercer uma série de poderes de persuasão ou coerção existentes no ordenamento jurídico doméstico para dar efetividade às obrigações internacionais⁴¹¹.

Como bem ressalta Paola Andrea Acosta Alvarado, a efetiva proteção dos direitos humanos pressupõe a participação de todos os atores nacionais e internacionais, incluídos os interamericanos, de modo que os juízes nacionais podem auxiliar a jurisdição internacional, tornando-se em aliados dos juízes interamericanos na proteção dos direitos humanos⁴¹².

Se as autoridades jurisdicionais da República Federativa do Brasil forem omissas ou ineficientes na tutela dos direitos positivados na Convenção Americana ou no Protocolo de San Salvador, tem-se a possibilidade acesso à jurisdição internacional. Por outro lado, a atuação isolada da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos não fornece uma proteção adequada e eficiente dos direitos humanos, fazendo-se mister uma atuação coordenada das instituições locais e regionais através do uso de mecanismos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para o preenchimento de lacunas existentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente a ausência de instrumentos de execução forçada das sentenças da Corte Interamericana no âmbito externo.

Assim, o constitucionalismo global, e especificamente o *Ius Constitutionale Commune* interamericano, sob as bases do pluralismo constitucional, da tutela multinível dos direitos humanos e do constitucionalismo compensatório, mediante o entrelaçamento, o diálogo e a cooperação entre as ordens jurídicas, ensejam o reconhecimento da força vinculante das

⁴¹¹ Ibidem, p. 119.

⁴¹² ALVARADO, op., cit., 2015, p. 213.

sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a força persuasiva das decisões das Cortes Constitucionais latino-americanas, o manejo do controle de convencionalidade e o uso de instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para garantir o efetivo cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Interamericana em desfavor da República Federativa do Brasil.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO FERRAMENTA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO

No capítulo anterior, analisou-se a crescente interação entre o ordenamento nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sob as bases do pluralismo constitucional e do constitucionalismo multinível. No âmbito da América Latina, o constitucionalismo multinível apresenta-se a partir da conformação de uma rede judicial de proteção dos direitos humanos na qual a Corte Interamericana e os juízes nacionais exercem papel fundamental⁴¹³.

A incorporação do Pacto de San José da Costa Rica e do Protocolo de San Salvador à ordem jurídica doméstica permite a tutela dos direitos humanos em dois níveis de proteção, o nacional e o internacional, cujos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e os do Poder Judiciário nacional articulam-se para o exercício da função jurisdicional com base em instrumentos de governança multinível⁴¹⁴, dentre os quais se destaca o controle de convencionalidade.

Segundo Thomas Cottier,

The crucial point is to conceive international, regional, and domestic levels as a single and ideally coherent regulatory architecture of multilayered governance. Multilayered governance proposes a process and direction. It does not stand for the idea of world government or a comprehensive world legislature, but it builds upon the interaction and interdependence of the domestic and international spheres⁴¹⁵.

Desse modo, a reflexão sobre o controle de convencionalidade será aqui desenvolvida com base na teoria do pluralismo constitucional, que reconhece o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico nacional como ordens jurídicas distintas, interconectadas e interdependentes, eis que o controle de convencionalidade é um dos mais

⁴¹³ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Diálogo judicial, pluralismo constitucional y constitucionalismo multinivel: el ejemplo Colombiano. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coor.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 279-318, 2016a, p. 281.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 280.

⁴¹⁵ O ponto crucial é conceber os níveis internacional, regional e doméstico como uma arquitetura reguladora única e idealmente coerente de governança multinível. A governança multinível propõe um processo e direção. Não representa a ideia do governo mundial ou uma legislatura mundial abrangente, mas baseia-se na interação e interdependência das esferas doméstica e internacional. (COTTIER, Thomas. Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 02, p. 647-679, 2009, p. 656, tradução nossa).

importantes mecanismos de articulação entre o direito brasileiro e o direito interamericano para a proteção efetiva dos direitos humanos⁴¹⁶.

A incorporação dos tratados de direitos humanos com o *status* de norma constitucional no ordenamento jurídico doméstico sugere que o exercício do controle de constitucionalidade resulta ser, ao mesmo tempo, um exercício do controle de convencionalidade⁴¹⁷. É comum a comparação entre o exame de constitucionalidade e o controle de convencionalidade porque ambos os instrumentos jurídicos têm como um de seus objetivos a manutenção da coerência do sistema jurídico através da análise de validade das normas mediante o contraste das mesmas com outras normas de hierarquia superior⁴¹⁸.

Embora o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade possuam semelhanças e pontos em comum a permitir a utilização de categorias próprias do controle de constitucionalidade, tais como os controles difuso e concentrado, pelo exame de convencionalidade⁴¹⁹, adota-se, no presente trabalho de pesquisa, o conceito de controle de convencionalidade formulado por Valério de Oliveira Mazzuoli, para quem tal instituto se refere à “[...] compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado [...]”⁴²⁰, por entender que tal conceituação é compatível com a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais formulada por Ingo Wolfgang Sarlet, também abraçada nesta tese.

A finalidade do controle de constitucionalidade é proteger a Constituição da República e, por consequência, os direitos fundamentais⁴²¹, que são direitos de matriz constitucional, enquanto que o controle de convencionalidade se destina a garantir o respeito aos tratados internacionais de direitos humanos e, assim, a proteção dos próprios direitos humanos consagrados nos instrumentos normativos internacionais⁴²². A propósito:

⁴¹⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, Año XXII, p. 337-256, 2016, p. 347.

⁴¹⁷ ALVARADO, op. cit., 2016a, p. 288.

⁴¹⁸ CAVALLO, Gonzalo Aguilar. ¿Quién es el guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 706-743, 2013, p. 723.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 722.

⁴²⁰ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 39.

⁴²¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 307.

⁴²² HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, Año 7, n. 2, p. 109-128, 2009, p. 124.

[...] el control de convencionalidad tiene un propósito distinto al del control de constitucionalidad, en la medida en que su finalidad es prevenir la responsabilidad internacional a través de la adecuación del derecho interno de los Estados a los estándares del derecho internacional. En ese sentido, difiere del control de constitucionalidad, ya que este último busca proteger y asegurar la supremacía normativa de la constitución. Igualmente, en la medida en que el control de convencionalidad involucra incluso el análisis de la convencionalidad o inconvencionalidad de las normas propiamente constitucionales, no podría afirmarse que es un sinónimo de control de constitucionalidad⁴²³.

Enfim, o controle de convencionalidade e o controle de constitucionalidade são instrumentos jurídicos distintos e com objetivos diferentes⁴²⁴ porque o controle de convencionalidade é mecanismo de proteção dos direitos humanos⁴²⁵ e a fiscalização de constitucionalidade objetiva a proteção dos direitos fundamentais. Além do mais, têm-se, nitidamente, dois parâmetros distintos de controle de validade da legislação infraconstitucional, quais sejam, a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, o primeiro a autorizar o controle de constitucionalidade e o segundo a permitir o controle de convencionalidade⁴²⁶.

Assim, tem-se que o controle de convencionalidade é uma ferramenta jurídica que deve ser utilizada pelos agentes públicos brasileiros, notadamente juízes e tribunais nacionais, para a salvaguarda dos direitos humanos no âmbito interno e o controle de constitucionalidade instrumento próprio de proteção dos direitos fundamentais.

3.1. O ESTADO DE DIREITO: A LIMITAÇÃO DO PODER DO LEVIATÃ PELOS DIREITOS HUMANOS E A SUA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO

O Estado de Direito surgiu, como já ressaltado alhures, no século XIX, na Alemanha e, posteriormente, na França, com o objetivo de limitar o poder do Estado pelo Direito⁴²⁷ e, na

⁴²³ [...] o controle de convencionalidade tem propósito distinto ao do controle de constitucionalidade, na medida em que o seu objetivo é evitar a responsabilidade internacional através da adequação do direito interno dos Estados às regras de direito internacional. Nesse sentido, difere do controle de constitucionalidade, já que este último visa a proteger e assegurar a supremacia normativa da Constituição. Da mesma forma, na medida em que o controle de convencionalidade envolve a análise da convencionalidade ou inconvencionalidade das normas propiamente constitucionais, não poderia se afirmar que é sinônimo de controle de constitucionalidade. (ZÚÑIGA, Natalia Torres. Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Derecho PUCP**, Lima, N. 70, p. 347-369, 2013, p. 360, tradução nossa).

⁴²⁴ SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. **Estudios Constitucionales**, Año 8, n. 1, p. 117-136, 2010, p. 128.

⁴²⁵ ZÚÑIGA, op. cit., 2013, p. 355.

⁴²⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014, p. 128.

⁴²⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 8. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 91.

qualidade de Estado Liberal de Direito, afirmava-se por intermédio do princípio da legalidade⁴²⁸. Em tal modelo, o legislador era absolutamente livre, na medida em que a lei, fruto do Poder Legislativo, somente impunha limites à atuação da Administração, cujo papel se resumia a obedecer e a executar as leis, que eram dotadas de superioridade⁴²⁹.

A primazia da lei em detrimento da Constituição, característica do Estado Legal de Direito e própria do período do liberalismo clássico do século XIX, impossibilitava o controle de validade das leis, o que colocava o legislador na condição de soberano, eis que “[...] el legislador es *legibus solutus*, y escapa a la necesidad de observar sus propias leyes[...]”⁴³⁰, deixando os cidadãos vulneráveis e desprotegidos em relação ao Estado-Legislador⁴³¹.

Por isso, o regime de Estado de Direito deve ser um sistema de limitação não apenas da autoridade administrativa, mas também dos membros do Poder Legislativo, por meio da Constituição, dotada de supremacia em relação à legislação ordinária e estabelecadora dos direitos fundamentais dos cidadãos imunes à atividade erosiva do Estado-legislador⁴³².

A expressão “Estado de Direito” foi positivada pela primeira vez em um texto constitucional no art. 28 da Constituição da Alemanha de 1949⁴³³, evocando uma concepção formal e material, diversa, portanto, do Estado Liberal de Direito⁴³⁴. A sua dimensão formal está relacionada à separação dos Poderes, à hierarquia normativa e à proteção jurisdicional dos cidadãos⁴³⁵. Além disso, o princípio da legalidade passou a significar submissão do Poder Público à Constituição e às leis, com a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos e de controle de constitucionalidade das leis pela Corte Constitucional, em razão da existência de hierarquia normativa dentro da ordem jurídica⁴³⁶. Enfim, a constitucionalidade e a legalidade das ações do Estado passam a estar sujeitas a controle por juízes e tribunais independentes⁴³⁷.

O aspecto formal do Estado de Direito é aperfeiçoado no segundo pós-guerra porque este não se resume ao império da Carta Magna e da lei, passando também a identificar um “[...] Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores entre os quais o

⁴²⁸ ZAGREBELSKY, op. cit., 2011, p. 24.

⁴²⁹ MALBERG, op. cit., 1998, p. 447.

⁴³⁰ “O legislador é *legibus solutus*, e escapa à necessidade de cumprir suas próprias leis” (MALBERG, op. cit., 1998, p. 448, tradução nossa).

⁴³¹ *Ibidem*, p. 448.

⁴³² *Ibidem*, p. 453.

⁴³³ O art. 28 da Lei Fundamental de 1949 diz: “A ordem constitucional nos Estados tem de corresponder aos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito, no sentido da presente Lei Fundamental. [...]”. (ALEMANHA, 2011).

⁴³⁴ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 59.

⁴³⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed.. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 222.

⁴³⁶ CHEVALLIER, op. cit., 2013, p. 61.

⁴³⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 449.

princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais desempenham papel essencial”⁴³⁸.

A submissão do Estado ao direito é, por si só, insuficiente para proteger e promover a dignidade da pessoa humana, conforme a história demonstrou durante o regime nazista, notadamente porque o Estado é a fonte do direito e, portanto, fica em suas mãos a delimitação do âmbito de sua atuação⁴³⁹. Por essa razão, a ideia de Estado de Direito não poderia ser reduzida a uma simples hierarquia das normas jurídicas, sem levar em consideração o conteúdo das próprias normas, somando-se à dimensão formal uma concepção substancial de Estado de Direito⁴⁴⁰.

A dimensão material do Estado de Direito vem corrigir a deformação da sua face formal, eis que o conteúdo das leis deve refletir certa a noção de justiça, consistente no reconhecimento, respeito e consideração do valor intrínseco da dignidade de cada ser humano, bem como promover e proteger as liberdades e a igualdade das pessoas, vale dizer, os direitos fundamentais e os direitos humanos, que passam a ser condição e limite da ação estatal⁴⁴¹.

O aspecto material envolve, portanto, a atuação positiva do Estado no tocante aos direitos fundamentais e aos direitos humanos⁴⁴², isto é, o Estado de Direito está fulcrado na garantia desses direitos⁴⁴³. O Estado de Direito reformula-se com o processo de reconstitucionalização da Europa na segunda metade do século, não se resumindo mais ao controle da atividade estatal por meio da lei e da Constituição, eis que passa a ser também instrumento de proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais⁴⁴⁴.

Enfim, o Estado de Direito, em sua dimensão substancial, nos dias atuais, é fundado nos direitos humanos e nos direitos fundamentais positivados em textos normativos de hierarquia constitucional, portanto, com valor jurídico superior, à legislação ordinária, e oponíveis ao legislador⁴⁴⁵. O objetivo central do Estado de Direito e de suas instituições (divisão de poderes, primazia do Direito e legalidade da administração) é garantir a plena efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos⁴⁴⁶.

⁴³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 17.

⁴³⁹ GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 347.

⁴⁴⁰ CHEVALLIER, op. cit., 2013, p. 76.

⁴⁴¹ GRIMM, op. cit., 2016, p. 349.

⁴⁴² STRECK; MORAIS, op. cit., 2014, p. 93-94.

⁴⁴³ ZIPPELIUS, op. cit., 2016, p. 444.

⁴⁴⁴ CHEVALLIER, op. cit., 2013, p. 60.

⁴⁴⁵ CHEVALLIER, op. cit., 2013, p. 87.

⁴⁴⁶ DIAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 2011, E-Book, *Kindle*, p. 720.

Nas palavras de Jacques Chevallier, “é o anti-Leviatã”⁴⁴⁷, que exige respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, salvaguardando-os das ações positivas ou omissivas do Estado. Em suma: o ideal do Estado de Direito reconhece o valor da dignidade da pessoa humana e promove o exercício dos direitos fundamentais e dos direitos humanos⁴⁴⁸.

Porém, a mera positivação de direitos em normas constitucionais e internacionais, sem a respectiva implementação, é insuficiente para a efetiva proteção do ser humano contra as ações ou as omissões abusivas do Estado, de modo que os direitos humanos e os direitos fundamentais passam a ser palavras vazias⁴⁴⁹. A falta ou limitação abusiva dos direitos humanos e dos direitos fundamentais impede a existência de um autêntico Estado de Direito⁴⁵⁰.

O Estado de Direito está “[...] on shaky ground without the possibility of judicial control”⁴⁵¹. É mister a existência de um aparato institucional capaz de assegurar a todos os cidadãos a plena realização material dos direitos e o respeito às normas jurídicas, especialmente por meio de procedimentos judiciais eficientes que permitam o adequado acesso do cidadão a juízes e tribunais imparciais e independentes⁴⁵². Não é por outro motivo que Andreas L. Paulus sustenta que a proteção judicial dos direitos fundamentais é um dos elementos centrais do Estado de Direito⁴⁵³.

A finalidade precípua do Estado de Direito é a salvaguarda dos cidadãos contra as arbitrariedades dos agentes públicos, motivo pelo qual o Estado se submete a um regime de direito formado por um conjunto de normas jurídicas que estabelecem o modo de atuação estatal e que consagram direitos fundamentais e direitos humanos aos administrados, o que implica essencialmente a possibilidade do controle judicial dos atos estatais contrários aos direitos e garantias dos cidadãos⁴⁵⁴. A esse respeito,

⁴⁴⁷ CHEVALLIER, op. cit., 2013, p. 100.

⁴⁴⁸ CANDIA-FALCON, Gonzalo. El estado de derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Dikaion*, Chía, v. 24, n. 2, p. 225-252, Julho/2015, p. 231. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 jul. 2017.

⁴⁴⁹ DIAZ, op. cit., 2011, p. 759.

⁴⁵⁰ Ibidem, p. 776.

⁴⁵¹ “[...] em terreno instável sem a possibilidade de controle judicial” (GRIMM, op. cit., 2016, p. 350, tradução nossa).

⁴⁵² CANDIA-FALCON, op. cit., 2015, p. 231.

⁴⁵³ PAULUS, Andreas L. The international legal system as a Constitution. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (eds.). **Ruling the world?:** constitutionalism, international law, and global governance. Cambridge: Cambridge University Press, p. 69-109, 2009, p. 98.

⁴⁵⁴ MALBERG, op. cit., 1998, p. 450.

El Estado de derecho es, pues, aquel que, al mismo tiempo que formula prescripciones relativas al ejercicio de su potestad administrativa, asegura a los administrados, como sanción de dichas reglas, un poder jurídico de actuar ante una autoridad jurisdiccional con objeto de obtener la anulación, la reforma o por lo menos la no aplicación de los actos administrativos que las hubieran infringido⁴⁵⁵. [...] Para que el Estado de derecho se encuentre realizado, es indispensable, en efecto, que los ciudadanos estén provistos de una acción de justicia, que les permita atacar a los actos estatales viciosos que lesionen su derecho individual⁴⁵⁶.

O Estado de Direito propõe-se a ser instrumento de transformação da realidade social por meio do Direito⁴⁵⁷, especialmente mediante a implementação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos e da garantia das condições mínimas de vida digna do cidadão e da comunidade, no sentido de que tal modelo de Estado de Direito passou a se preocupar, com fulcro na solidariedade, com a qualidade de vida individual e coletiva do ser humano⁴⁵⁸.

Ademais, o Estado de Direito implica a supremacia das normas constitucionais sobre as leis, de modo que a existência do controle de constitucionalidade é condição *sine qua non* de realização e manutenção do Estado de Direito e, por consequência, de proteção dos direitos fundamentais, que são, em conjunto com os direitos humanos, os pilares do Estado de Direito⁴⁵⁹.

A jurisdição constitucional passou a ser, então, um componente essencial do Estado de Direito porque permite o controle das leis e dos demais atos do Poder Público frente à Constituição, notadamente as normas definidoras de direitos fundamentais⁴⁶⁰, daí porque se torna um mecanismo essencial na garantia dos direitos dos cidadãos e, por consequência, do Estado de Direito⁴⁶¹ porque o indivíduo pode impugnar judicialmente os atos administrativos e as leis que violem seus direitos fundamentais. Os aspectos formal e material são, por isso mesmo, indissociáveis.

A justiça constitucional apresenta-se, desse modo, como importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, uma vez que a validade da lei não mais se resume à observância do devido processo legislativo. As atrocidades perpetradas pelo nazismo e fascismo durante a Segunda Guerra Mundial mostraram à comunidade jurídica que a

⁴⁵⁵ O Estado de direito é, portanto, aquele que, enquanto formula requisitos para o exercício do seu poder administrativo, assegura aos administrados, como sanção dessas regras, um poder legal para postular perante uma autoridade judicial, a fim de obter a anulação, reforma ou, pelo menos, a não aplicação dos atos administrativos que as infringiram (MALBERG, op. cit., 1998, p. 450, tradução nossa).

⁴⁵⁶ Para que o Estado de direito seja realizado, é essencial, de fato, que os cidadãos disponham de ação judicial, que lhes permita atacar os atos estatais que afetem negativamente seu direito individual (Ibidem, p. 453, tradução do autor).

⁴⁵⁷ STRECK; MORAIS, op. cit., 2014, p. 99-101.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 99-104.

⁴⁵⁹ CHEVALLIER, op. cit., 2013, p. 102.

⁴⁶⁰ GRIMM, op. cit., 2016, p. 350.

⁴⁶¹ CHEVALLIER, op. cit., 2013, p. 88.

legitimidade da lei não mais poderia ser aferida unicamente com base em sua regularidade formal, fazendo-se necessária também a análise da compatibilidade material da legislação infraconstitucional com os direitos fundamentais positivados na Constituição⁴⁶². Afinal, como diz Paulo Bonavides, “[...] a época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede à época da separação de poderes”⁴⁶³.

A jurisdição constitucional, especialmente o controle de constitucionalidade, é importante mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e das minorias, sem o qual a democracia constitucional perderia seu caráter contramajoritário⁴⁶⁴, eis que “[...] cada um tem, garantida pelo Estado de Direito, uma esfera de autonomia e liberdade individual que a maioria não pode comprimir ou restringir pelo simples facto de ser maioria”⁴⁶⁵.

Os poderes constituídos não podem, apesar de majoritários, subjugar os direitos fundamentais. Por isso, o controle de constitucionalidade é instrumento contramajoritário essencial para a proteção do Estado de Direito, da dignidade humana e dos direitos fundamentais, especialmente das minorias, porque “[...] o resultado do voto majoritário representa a voz dos vencedores e não necessariamente o bem-comum ou o interesse de todos [...]”⁴⁶⁶ ou, como diz José Carlos Vieira de Andrade, “[...] o legislador, mesmo o legislador parlamentar, apesar de continuar a ser o representante direto da vontade popular, é, também ele, um potencial inimigo das liberdades”⁴⁶⁷. Na lição de Ronald Dworkin,

A teoria constitucional em que se baseia nosso governo não é uma simples teoria da supremacia das maiorias. A Constituição, e particularmente a *Bill of Rights* (Declaração de Direitos e Garantias), destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum⁴⁶⁸.

Paralelamente à constitucionalização dos direitos fundamentais, tem-se, ao longo do século XX, a internacionalização do direito constitucional com a abertura do sistema jurídico nacional ao direito internacional dos direitos humanos. Com isso, em que pese à ideia de

⁴⁶² ABOUD, op. cit., 2016, p. 104.

⁴⁶³ BONAVIDES, op. cit., 2004, p. 127.

⁴⁶⁴ ABOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yasmin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 268, p. 569-584, jun. 2017, p. 570.

⁴⁶⁵ NOVAIS, op. cit., 2012, p. 49.

⁴⁶⁶ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 56, p. 151-176, jun. 2008, p. 152.

⁴⁶⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed.. Coimbra: Almedina, 2012, p. 206.

⁴⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 208-209.

Estado de Direito ter sido concebida para aplicação no âmbito do sistema jurídico nacional⁴⁶⁹, verdade é que, no século XXI, o princípio do Estado de Direito já não é mais referência somente na ordem jurídica interna, eis que passou a ser consagrado no direito internacional e, no caso da Europa, no direito comunitário⁴⁷⁰.

As novas constituições democráticas, fundadas na primazia da dignidade humana, trouxeram cláusulas de abertura do ordenamento jurídico nacional ao direito internacional, cujas fontes se situam no plano supranacional, a exigir a revisitação do conceito de soberania e do Estado-Nação como fonte única e exclusiva do direito⁴⁷¹.

O novo constitucionalismo impulsionou o processo de constitucionalização do direito internacional com a abertura da Constituição às normas internacionais, o reconhecimento da força normativa dos tratados internacionais, a positivação em instrumentos de *hard law* e a instituição de procedimentos e tribunais com funções jurisdicionais ou quase-judiciais destinadas à interpretação e ao cumprimento das normas internacionais⁴⁷².

A positivação de direitos fundamentais e a internacionalização do direito constitucional por meio da positivação de direitos humanos em tratados internacionais criaram um bloco de direitos que permite a dupla proteção, nacional e internacional, dos cidadãos, inclusive em relação ao legislador⁴⁷³, conformador, destarte, do constitucionalismo multinível. O Estado de Direito está presente, portanto, conforme já ressaltado, no direito internacional, especialmente no direito internacional dos direitos humanos, uma vez que o poder do Estado também está limitado pelos tratados internacionais⁴⁷⁴.

As constituições do último pós-guerra, ao preverem a inclusão das normas de direito internacional no sistema jurídico nacional em nível superior às leis ordinárias, deram legitimidade constitucional ao afastamento da aplicação do direito local em prol do direito internacional dos direitos humanos, razão pela qual os tratados internacionais de direitos humanos passam a ser paradigmas de controle de validade das leis nacionais pelos tribunais. A internalização dos tratados ao ordenamento jurídico brasileiro fortalece, desse modo, os órgãos do Poder Judiciário doméstico que exercem a jurisdição visando a proteger os direitos humanos, eis que os magistrados podem invocá-los como fonte material e fundamento de suas decisões⁴⁷⁵.

⁴⁶⁹ CANDIA-FALCON, op. cit., 2015, p. 232.

⁴⁷⁰ CHEVALLIER, op. cit., 2013, p. 103.

⁴⁷¹ FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 148.

⁴⁷² RAMOS, op. cit., 2012a, p. 21-22.

⁴⁷³ CHEVALLIER, op. cit., 2013, p. 92.

⁴⁷⁴ Ibidem, p. 106.

⁴⁷⁵ ANDRADE, Régis Willyan da Silva. O diálogo entre os direitos fundamentais e os direitos humanos para a

A Constituição Federal de 1988 já não é mais a única norma suprema do ordenamento jurídico doméstico. O neoconstitucionalismo abriu e ampliou as fronteiras do próprio constitucionalismo, não mais se resumindo ao direito positivo estatal e nacional, retomando, assim, a dupla vocação histórica do movimento constitucional, em especial ao “[...] del universalismo y la creación de los derechos como *prius*, sobre todo ante poder político, y la posibilidad de oponerlos a ese poder”⁴⁷⁶.

Os tratados internacionais impõem limites ao exercício da autoridade estatal e salvaguarda os direitos humanos dos cidadãos⁴⁷⁷. A liberdade e o poder de atuação e de decisão dos órgãos e agentes do Estado são limitados pelo direito, nacional e internacional, cujo respeito é assegurado pela intervenção do Poder Judiciário nacional e, subsidiariamente, pelos tribunais internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os juízes e os tribunais são “[...] a pedra angular e a condição para a realização do Estado de Direito: a hierarquia das normas se torna efetiva somente se ela é sancionada jurisdicionalmente; e os direitos fundamentais não serão efetivamente assegurados se um juiz não estiver lá para lhe assegurar a proteção”⁴⁷⁸. No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador são dotados de imperatividade e seus preceitos são obrigatórios e vinculativos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce jurisdição contenciosa, de natureza constitucional, para apurar e responsabilizar o Estado por violações de direitos humanos, sempre que não houver respostas judiciais satisfatórias no âmbito doméstico⁴⁷⁹.

A principal tarefa do Tribunal Interamericano é a defesa dos direitos humanos consagrados no Pacto de San José da Costa Rica e no Protocolo de San Salvador, que são normas materialmente constitucionais. Assim, quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce o controle de convencionalidade, analisando a compatibilidade das normas nacionais com os atos normativos interamericanos, ela se comporta como um tribunal constitucional do ordenamento jurídico internacional⁴⁸⁰. Isso porque,

[...] si tomamos en consideración la capacidad de la Corte IDH para decidir respecto de la compatibilidad normativa, su rol como productora de estándares vinculantes de protección y control y su influencia en el diseño de la estructura estatal nacional, así

criação de um sistema jurídico multinível. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 75-89, jan./abr. 2017, p. 86.

⁴⁷⁶ “[...] universalismo e a criação de direitos como *prius*, especialmente para o poder político, e a possibilidade de opô-los a esse poder” (FIORAVANTI, op. cit., 2014, p. 149, tradução nossa).

⁴⁷⁷ PETERS, op. cit., 2007, p. 272.

⁴⁷⁸ CHEVALLIER, op. cit., 2013, p. 112.

⁴⁷⁹ PAULUS, op. cit., 2009, p. 99.

⁴⁸⁰ ALVARADO, op., cit., 2015, p. 122.

como su tarea primordial como guardian de los derechos humanos, reconocerla como corte constitucional no estaría fuera de lugar⁴⁸¹.

Enfim, o controle de convencionalidade é, à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, importante ferramenta judicial para a efetiva promoção e proteção dos direitos humanos no âmbito interno.

3.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SOB A ÉGIDE DO PLURALISMO CONSTITUCIONAL

A teoria do pluralismo constitucional, no marco do constitucionalismo multinível e da ideia de rede ou teia constitucional, reconhece que o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos são ordenamentos jurídicos distintos, mas interconectados e interdependentes, renunciando a ideia de sistema jurídico único (monismo) e de hierarquia entre as ordens jurídicas⁴⁸².

A relação não é de hierarquia, mas de heterarquia, que deve ser entendida como “[...] la existencia de diversos centros de poder - en este caso normativo, institucional y jurisdiccional - que se relacionan de forma horizontal, sin criterio de autoridad superior alguna”⁴⁸³. No cenário do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a heterarquia propõe uma relação de horizontalidade entre os órgãos jurisdicionais interamericano e brasileiro e a inexistência de hierarquia entre a Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador.

Embora a pirâmide normativa de Hans Kelsen já não sirva mais para explicar a relação entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, uma vez que inexistente relação de hierarquia entre as normas internacionais de direitos humanos e as Constituições dos Estados soberanos, verdade é que dentro de cada ordem jurídica nacional haverá hierarquia normativa, de modo a viabilizar o exercício do controle de convencionalidade.

A inexistência de hierarquia entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional não implica, como muito bem adverte Bruno Galindo, o completo abandono da teoria

⁴⁸¹ [...] se considerarmos a capacidade do Tribunal de decidir sobre a compatibilidade normativa, seu papel como produtor de regras vinculativas de proteção e de controle e sua influência na configuração da estrutura estatal nacional, bem como sua principal tarefa de guardião dos direitos humanos, reconhecê-lo como corte constitucional não estaria fora de lugar. (ALVARADO, op. cit., 2015, p. 121, tradução nossa).

⁴⁸² ALVARADO, op. cit., 2016a, p. 310.

⁴⁸³ A existência de diversos centros de poder – neste caso normativo, institucional e jurisdiccional – que se relacionam de forma horizontal, sem critério algum de autoridade superior. (ALVARADO, 2016a, p. 310, tradução nossa).

escalonada do sistema jurídico doméstico⁴⁸⁴, eis que os referidos sistemas jurídicos estão entrelaçados, o que significa dizer que os tratados internacionais têm vigência dentro da ordem jurídica brasileira, ou, dito de outra forma, as normas interamericanas de direitos humanos e a Constituição Federal interagem e incidem no mesmo espaço territorial⁴⁸⁵.

Hodiernamente, a supremacia constitucional ainda sobrevive, mas a Constituição já não é mais a única norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico nacional. Ao lado dela estão, no mesmo nível hierárquico, os tratados internacionais de direitos humanos, que poderão, inclusive, afastar a aplicação do texto formal da Constituição sempre que for mais benéfico para a dignidade da pessoa humana.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o sistema jurídico brasileiro não constituem um único ordenamento jurídico, de modo que não é correto se falar, tal como faz o Supremo Tribunal Federal, na existência de hierarquia entre a Constituição e a Convenção Americana ou o Protocolo de San Salvador. À luz do pluralismo constitucional, eles são ordens jurídicas entrelaçadas e interconectadas que objetivam comumente à proteção e à promoção da dignidade humana e do indivíduo, cuja relação não é de subordinação ou de hierarquia.

Não há, repita-se, hierarquia entre a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos. A Constituição da República atribui, *ex vi* do disposto em seu artigo 5º, § 2º, aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de norma constitucional⁴⁸⁶. As normas internacionais definidoras de direitos humanos são, destarte, normas materialmente constitucionais⁴⁸⁷, eis que a qualidade constitucional dos tratados internacionais não é determinada pelo documento que a contém, mas pelo seu conteúdo e pelas funções constitucionais de proteção do indivíduo e de limitação do poder de atuação do estado que desenvolvem⁴⁸⁸.

E se assim é, qual o sentido da inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição? Flávia Piovesan responde a este questionamento aduzindo que:

[...] por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados

⁴⁸⁴ GALINDO, op. cit., 2006, p. 197.

⁴⁸⁵ PIZZOLO, Calogero. Una comunidad de intérpretes finales en materia de derechos humanos. In: PIZZOLO, Calogero; MEZZETTI, Luca. **Tribunales supranacionales y tribunales nacionales**. Vol. 01, Buenos Aires: Astrea, p. 249-298, 2016, p. 270.

⁴⁸⁶ PIOVESAN, op. cit., 2013, p. 114.

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 117.

⁴⁸⁸ ALVARADO, op. cit., 2015, p. 193.

ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno⁴⁸⁹.

A Constituição da República ao declarar, em seu artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela ou dos tratados internacionais que o Brasil seja parte, incorporou ao catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos os direitos humanos positivados em normas internacionais, atribuindo-lhes, com isso, natureza de norma constitucional.

Com a inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, têm-se, desse modo, duas categorias de tratados internacionais de direitos humanos, quais sejam: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Todas as convenções internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais em razão do disposto no artigo 5º, § 2º da CF/1988 e poderão ter também a qualidade de formalmente constitucionais se aprovados segundo o rito especial estabelecido pelo artigo 5º, § 3º da Constituição Federal⁴⁹⁰. Portanto, há normas de natureza constitucional de fonte internacional, que são os tratados definidores de direitos humanos, e normas constitucionais de fonte doméstica, que positivam direitos fundamentais⁴⁹¹, daí porque eventual antinomia entre elas não poderá ser, contudo, solucionada pelos critérios cronológico ou o da especialidade.

A existência de uma pluralidade de fontes constitucionais pode dar potencialmente ensejo a conflitos normativos, cuja solução deverá ser encontrada a partir dos princípios e objetivos comuns e subjacentes que fundamentam as ordens jurídicas em conflito⁴⁹², uma vez que

The coherence and unity of constitutional practice is neither guaranteed by the cohesion of a *pouvoir constituant*, a written text, or a final arbiter as the guardian of constitution, but by a mutually deferential and engaging constitutional practice held together by common principles⁴⁹³.

A articulação entre o direito brasileiro e o direito interamericano dos direitos humanos deve ser construída com base em certos princípios, tais como os da interpretação conforme⁴⁹⁴

⁴⁸⁹ PIOVESAN, op. cit., 2013, p. 134.

⁴⁹⁰ PIOVESAN, op. cit., 2013, p. 134.

⁴⁹¹ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional e internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 30.

⁴⁹² KUMM, op. cit., 2010, p. 203.

⁴⁹³ A coerência e a unidade da prática constitucional não são garantidas pela coesão de um poder constituinte, um texto escrito ou um árbitro final como o guardião da Constituição, mas por uma prática constitucional mutuamente deferente e unida por princípios comuns. (KUMM, op. cit., 2010, p. 204, tradução nossa).

⁴⁹⁴ ALVARADO, op. cit., 2016a, p. 311.

e do *pro homine*, tomando-se em consideração os objetivos comuns a ambos os sistemas jurídicos.

O direito brasileiro e o direito interamericano de direitos humanos devem ser compreendidos, como discorrido em capítulo precedente, como sistemas jurídicos distintos, abertos, incompletos, interconectados e interdependentes, sem hierarquia normativa entre ambos, cuja convivência e articulação devem ser guiadas de modo a garantir a coexistência harmônica e a adequada consecução de seus princípios e escopos compartilhados, dentre as quais, a proteção dos direitos humanos⁴⁹⁵. O jurista Humberto Nogueira Alcalá deixa claro que o principal papel do ordenamento interamericano é a proteção e a garantia dos direitos humanos assegurados no *corpus iuris*⁴⁹⁶ estabelecido pela Convenção Americana e fundados na dignidade da pessoa humana⁴⁹⁷, o que, nesse ponto, coincide com os objetivos almejados pelo direito constitucional brasileiro.

A relação harmônica entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o direito brasileiro e, por consequência, a plena proteção dos direitos humanos obrigam os juízes nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos a buscar a melhor e maior proteção possível, seja mediante a aplicação do direito nacional ou do direito interamericano, cujo diálogo judicial é a pedra de toque⁴⁹⁸.

A interpretação e a aplicação do direito, nacional e internacional dos direitos humanos, devem ser realizadas de forma sistemática⁴⁹⁹ à luz do princípio *pro personae* ou *homine*, salvaguardando certos valores, tais como a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos.

O direito interno e o direito interamericano dos direitos humanos têm por escopo comum precípua a proteção da dignidade da pessoa humana e, por consequência, o próprio ser humano, de modo que a interação deve ser sempre voltada em benefício do indivíduo⁵⁰⁰, não se perdendo de vista que os tratados internacionais de direitos humanos “[...] fixam

⁴⁹⁵ PETERS, op. cit., 2006, p. 602.

⁴⁹⁶ Pablo Contreras Vásquez define *corpus iuris* como “[...] um conjunto de obrigações internacionais que derivam de distintas fontes formais de direito internacional (VÁSQUEZ, Pablo Contreras. Notas sobre el *corpus iuris* interamericano. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira; CAVALLO, Gonzalo (coord.). **Control de convencionalidade, corpus iuris y ius commune interamericano**. Santiago: Triángulo, p. 145-157, 2017, p. 147).

⁴⁹⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El control de convencionalidade por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos. **Revista de Derecho**, Montevideu, Año 13, N. 15, p. 143-200, jul. 2017, p. 145.

⁴⁹⁸ ALVARADO, op. cit., 2016a, p. 286.

⁴⁹⁹ ALVARADO, op. cit., 2016b, p. 31.

⁵⁰⁰ CANÇADO TRINDADE, op. cit., 1997, p. 402.

parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo⁵⁰¹.

A relação entre a Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos deve ser guiada, compreendida alicerçado num modelo dialógico vocacionado à proteção do ser humano, no sentido de que, em caso de antinomia, se deve adotar a legislação mais benéfica à pessoa humana⁵⁰², em atenção ao princípio *pro homine*. Na lição de Mônica Pinto,

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre⁵⁰³.

Tal princípio se mostra como um critério hermenêutico fundamental e indispensável para a compreensão e aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, especialmente para a solução de conflitos entre direito constitucional interno e direito internacional dos direitos humanos, que deve ser tomada por meio do diálogo entre as ordens jurídicas sob inspiração do *human rights approach*⁵⁰⁴, prevalecendo-se a norma mais benéfica e protetiva ao ser humano, seja ela de direito internacional ou de direito interno.

Mesmo naqueles casos em que os tratados internacionais de direitos humanos forem equivalentes às emendas constitucionais porque aprovados segundo o processo legislativo mais rigoroso previsto no artigo 5º, § 3º, da Carta Magna, eventual conflito entre o tratado e a Constituição será solucionado segundo o princípio *pro personae*, isso porque o mencionado princípio não se manifesta apenas para a aplicação da norma mais protetiva ao ser humano nos casos de pluralidade normas jurídicas aplicáveis a um caso concreto, mas também para a

⁵⁰¹ PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de direitos humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, vol. 06, n. 02, p. 142-154, jul./set. 2014, p. 151.

⁵⁰² MAZZUOLI, op. cit., 2010, p. 83-84.

⁵⁰³ O princípio pro homine é um critério hermenêutico que informa todo o direito dos direitos humanos, pelo qual se deve recorrer à regra mais ampla, ou à interpretação mais ampla, quando se trata de reconhecer direitos protegidos e, inversamente, ao regra ou a interpretação mais restrita quando se trata de estabelecer restrições permanentes ao exercício de direitos ou sua suspensão extraordinária. Este princípio coincide com a característica fundamental do direito dos direitos humanos, isto é, ser sempre a favor do homem. (PINTO, Mônica. **El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos**. P. 163-172, 1997, p. 163. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>. Acesso em 08 de outubro de 2017. Tradução nossa).

⁵⁰⁴ PIOVESAN, op. cit., 2014, p. 150.

preservação da norma mais benéfica ao indivíduo, nas hipóteses de sucessão de normas de mesma hierarquia, ou seja, uma norma posterior não alteraria ou revogaria uma anterior, se esta for mais benéfica ao ser humano⁵⁰⁵.

Se os tratados de direitos humanos equivalentes às emendas da Constituição resultarem em situação pior para a pessoa humana do que a disciplinada no ordenamento constitucional brasileiro, o tratado não produzirá efeitos jurídicos porque atentatória à cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República, eis que restringirá direitos especiais consagrados no texto constitucional e, portanto, manifestar-se-á como mais prejudicial ao indivíduo⁵⁰⁶. Logo, os tratados internacionais de direitos humanos não têm necessariamente primazia sobre as normas constitucionais e vice-versa justamente em atenção ao princípio *pro homine* ou *pro personae*.

A relação entre os tratados de direitos humanos e a Constituição da República é de horizontalidade e heterárquica, vale dizer, sem subordinação e com coordenação e diálogo em prol da dignidade da pessoa humana, razão pela qual não se pode adotar um monismo com prevalência do direito internacional ou do direito constitucional para compreender a interação do direito interno brasileiro com o direito internacional dos direitos humanos. A primazia é do ser humano. A adoção do princípio *pro homine* implica, desse modo, o abandono do critério hierárquico para a solução de eventuais antinomias entre a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos, o que resulta no desmoronamento da pirâmide normativa kelseniana⁵⁰⁷.

Nas palavras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, a harmonização efetiva entre o direito interno e o direito internacional é promovida através da atividade interpretativa, “[...] por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios, y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos”⁵⁰⁸. Não há imposição do direito internacional ao direito constitucional nacional, mas um processo

⁵⁰⁵ HENDERSON, op. cit., 2004, p. 93-94.

⁵⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Federal de 1988, os tratados de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 779-800, 2013, p. 786.

⁵⁰⁷ NÚÑEZ, Constanza. Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica. **Materiales de Filosofía del Derecho**, Madrid, N. 02, p.01-46, 2017, p. 09. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25317/WF-17-02.pdf>. Acesso em 08 de outubro de 2017.

⁵⁰⁸ [...] através do qual os direitos e liberdades constitucionais são harmonizados com os valores, princípios e regras contidos nos tratados internacionais sobre direitos humanos. (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 627-705, 2013a, p. 642, tradução nossa).

interpretativo de harmonização em prol da maior eficácia dos direitos da pessoa humana, que pode resultar, inclusive, na inaplicabilidade dos tratados internacionais quando as normas internas forem mais favoráveis e benéficas, segundo o princípio *pro personae*⁵⁰⁹.

O direito interno e o direito interamericano se relacionam e interagem em benefício dos seres humanos⁵¹⁰, de modo que a relação heterárquica entre tais ordenamentos jurídicos necessita de um critério de resolução de conflitos normativos diverso do critério hierárquico e que permita aos juízes nacionais e internacionais buscarem a maior proteção possível dos cidadãos. Segundo Paola Andrea Acosta Alvarado,

[...] la supremacía normativa de las disposiciones constitucionales, es una cualidad que no depende del tipo de disposición del que se trate –esto es de su pertenencia a una determinada categoría del sistema de fuentes- sino de su capacidad para trancar la aplicación de otra norma como resultado de un ejercicio dialéctico contextual para el que poco importa la existencia de jerarquías normativas fijas⁵¹¹.

O critério de solução de antinomias é o princípio *pro personae*, mormente porque, repita-se, não há, segundo o pluralismo constitucional, supremacia da Constituição ou dos tratados internacionais, mas sim a prevalência e a garantia da dignidade da pessoa humana na contemporaneidade⁵¹².

Aliás, Ingo Wolfgang Sarlet, apesar de não se referir textualmente ao princípio do *pro homine*, sustenta que todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil são normas materialmente constitucionais e que, eventual conflito destes com a Constituição, haverá de ser resolvida pela técnica hermenêutica da ponderação dos interesses e valores em pauta, adotando a norma mais afinada com a salvaguarda da dignidade da pessoa humana⁵¹³, ou seja, a norma mais favorável ao ser humano.

A tese da primazia da norma mais favorável e protetiva ao homem é expressamente consagrada em diversos tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo do artigo 29.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e implicitamente na Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 alçou a dignidade da pessoa humana à condição de valor central da ordem jurídica brasileira e, dada a sua forte carga axiológica, deve nortear toda a

⁵⁰⁹ MAC-GREGOR, op. cit., 2013a, p. 643.

⁵¹⁰ CANÇADO TRINDADE, op. cit., 1997, p. 434.

⁵¹¹ [...] a supremacia normativa dos dispositivos constitucionais é uma qualidade que não depende do tipo de disposição em questão, isto é, do seu pertencimento a uma determinada categoria do sistema de fontes, mas sim na sua capacidade de trancar a aplicação de outra norma como resultado de um exercício dialético contextual para o qual a existência de hierarquias normativas fixas pouco importa. (ALVARADO, op. cit., 2015, p. 194, tradução nossa).

⁵¹² CAVALLO, op. cit., 2013, p. 732.

⁵¹³ SARLET, op. cit., 2013, p. 794.

atividade estatal, inclusive a atividade jurisdicional. Além disso, a *Lex Maxima*, em seu Título I, disciplina os chamados “princípios fundamentais”, identificando expressamente os fundamentos, os objetivos e os princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil, dentre os quais a prevalência dos direitos humanos, cuja consecução deve servir de vetor interpretativo de toda a atuação dos juristas e dos órgãos públicos⁵¹⁴.

As normas jurídicas, internacionais e nacionais, devem ser compreendidas, interpretadas e aplicadas, com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, de modo a dar a máxima proteção ao ser humano. Assim, a solução de antinomias entre o direito constitucional interno e o direito internacional de direitos humanos deve ser norteadada pelo postulado do pró ser humano, adotando-se aquela mais favorável e protetiva ao indivíduo, o que não afasta, evidentemente, a possibilidade do controle de convencionalidade.

O Brasil adota, em matéria de direitos humanos, um modelo dialógico vocacionado à proteção e à promoção da pessoa humana, no sentido de que os tratados internacionais ingressam, apesar de não incorporados automaticamente, no ordenamento jurídico brasileiro com *status* hierárquico de norma constitucional, ou seja, em nível superior à legislação infraconstitucional e, havendo conflito entre os tratados de direitos humanos e a Constituição ou leis nacionais, prevalece a norma mais protetiva à pessoa.

O entrelaçamento do direito brasileiro com o direito internacional dos direitos humanos provocou inevitáveis modificações no exercício do controle de constitucionalidade das leis domésticas. Se a aplicação do texto da Constituição Federal de 1988 pode ser afastada para dar lugar a tratado internacional de direitos humanos que seja mais benéfico ao ser humano, isso significa dizer que se deve aferir, primeiramente, a compatibilidade entre a Constituição e o tratado, para, então, se identificar qual norma será aplicável ao caso concreto, que será aquela que for mais benéfica ao indivíduo. Se for a norma constitucional, ter-se-á, sob o aspecto material⁵¹⁵, unicamente o controle de constitucionalidade, mas se for o tratado, exercer-se-á apenas o controle de convencionalidade porque a aplicabilidade do preceito constitucional será afastada.

Por outro lado, não havendo incompatibilidade material entre a Carta da República de 1988 e o direito internacional dos direitos humanos, haverá o duplo controle, com a

⁵¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 140.

⁵¹⁵ É importante ressaltar que o controle de constitucionalidade sempre existirá, ainda que somente para aferir a compatibilidade formal da norma infraconstitucional com o devido processo legislativo estabelecido pela *Lex Maxima*.

operacionalização concomitante e em separado do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade⁵¹⁶. De fato, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador e a Constituição Federal de 1988, na qualidade de normas constitucionais, são fundamentos de validade da legislação infraconstitucional brasileira. Sendo assim, a legislação ordinária deve ser compatível com a Carta Magna e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob pena de inconstitucionalidade e/ou inconvenção, em resumo, de invalidade⁵¹⁷.

Dessa forma, a validade das leis nacionais depende de dupla compatibilidade vertical material, isto é, com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos. A validade da legislação ordinária depende do respeito ao devido processo legislativo estabelecido pela *Lex Maxima*, bem como a observância dos demais preceitos constitucionais, notadamente os direitos fundamentais expressos ou implícitos na Carta Política. Não basta, porém, que a norma de direito interno seja compatível apenas com a Constituição da República, é mister também a sua conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos, sob pena de invalidade.

A fiscalização da convencionalidade das leis brasileiras deve ser exercida pelos juízes e tribunais pátrios, levando-se em consideração como parâmetro de controle os tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Poder Judiciário nacional não precisa de autorização dos órgãos internacionais para realizar o controle de convencionalidade⁵¹⁸ porque os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez incorporados ao direito brasileiro, produzem efeitos imediatamente, legitimando, assim, o exercício judicial do controle de convencionalidade.

Em resumo: o reconhecimento da natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos permite a convivência harmônica entre a Constituição Federal e o direito internacional dos direitos humanos e possibilita, além da fiscalização de constitucionalidade, o exercício do controle de convencionalidade das normas brasileiras, a favorecer, nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, o diálogo entre juízes nacionais e internacionais e a fomentar uma cultura de direitos humanos capaz de alcançar o *ius constitutionale commune* na América Latina⁵¹⁹. O pluralismo constitucional, no cenário interamericano e no marco do *Ius*

⁵¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e os tratados de direitos humanos: o “diálogo das Cortes e a teoria do duplo controle”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 01-40, 2016, p. 35.

⁵¹⁷ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 160.

⁵¹⁸ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 175.

⁵¹⁹ Ibidem, p. 42.

Constitutionale Commune, permite o diálogo entre as diferentes esferas normativas e jurisdicionais de proteção dos direitos humanos. A conversação entre o direito constitucional brasileiro, o direito internacional dos direitos humanos e, até mesmo, o direito estrangeiro não é um fim em si mesmo, mas uma necessidade imposta pela globalização para a solução de problemas sociais da contemporaneidade⁵²⁰, e isso somente é possível porque os ordenamentos jurídicos nacionais estão interconectados em rede.

3.3 O CONTROLE JUDICIAL DE CONVENCIONALIDADE E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos têm ordenamentos jurídicos próprios que veiculam os Estados e os indivíduos, de modo que as pessoas estão atualmente vinculadas a dois ou mais sistemas jurídicos, o nacional e o internacional⁵²¹. Com isso o modelo kelseniano já não mais serve para a cultura jurídica contemporânea, vocacionada à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana, que passa a ser o referencial ético-jurídico a guiar ordenamentos jurídicos nacionais, regionais e internacionais. A pluralidade de ordens jurídicas e de fontes normativas exige, como já ressaltado, a superação do velho paradigma piramidal a nortear a relação entre o direito interamericano de direitos humanos e o direito brasileiro, conforme lição de Antontio Enrique Perez Luño:

Si hasta el presente la teoría jurídica iuspositivista había padecido un exceso de concentración en un punto de gravitación único y jerárquico (Grundnorm), hacia el cual se hacían converger todos los procesos normativos, a partir del presente deberá acomodar su óptica de enfoque hacia unos ordenamientos jurídicos policéntricos. Esta nueva perspectiva metodológica para asumir el significado actual de los sistemas jurídicos, denuncia la crisis del iuspositivismo kelseniano. Impone sustituir la imagen piramidal, es decir, jerarquizada del orden normativo, por un horizonte en el que la totalidad del sistema se obtendrá por la intersección de una pluralidad de estructuras normativas, de procedencia heterogénea y que hacinadas formarán un panorama del ordenamiento jurídico bastante parecido a una bóveda⁵²².

⁵²⁰ PETERS, op. cit., 2007, p. 304.

⁵²¹ WINTER, Luís Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. Estado: construção de uma identidade. In: GALUPPO, Marcelo Campos; FEITOSA, Raymundo Juliano (Org.). **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte - Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 873-897, 2008, p. 874-875.

⁵²² Se até o presente a teoria jurídica iuspositivista sofreu um excesso de concentração em um ponto de gravitação único e hierárquico (Grundnorm), para o qual convergiam todos os processos normativos, a partir do presente deverá acomodar sua ótica de enfoque para os ordenamentos jurídicos policêntricos. Essa nova perspectiva metodológica para assumir o significado atual dos sistemas jurídicos, denuncia a crise do iuspositivismo kelseniano. Impõe-se substituir a imagem piramidal, isto é, hierárquica da ordem jurídica, por um horizonte no qual a totalidade do sistema será obtida pela intersecção de uma pluralidade de estruturas normativas, de origem heterogênea e que superlotadas formarão um panorama do ordenamento jurídico bastante semelhante a uma abóbada. (PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional*. **Teoría y realidad constitucional**, Cidade do México, n. 20, p. 595-

A coexistência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do ordenamento constitucional brasileiro é baseada no primado da dignidade da pessoa humana, não havendo que se falar em primazia do direito internacional ou do direito interno, de modo que a pirâmide normativa de Hans Kelsen é insuficiente para representar, na contemporaneidade, a relação dinâmica e dialógica entre as fontes nacional e internacional do direito⁵²³.

Segundo o pluralismo constitucional, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a ordem jurídica brasileira são ordenamentos jurídicos distintos, mas interdependentes e interconectados, cujas normas fundacionais não estão hierarquicamente ordenadas. Assim, a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador não são partes de um todo só, vale dizer, de um único sistema jurídico, mas de dois ordenamentos diferentes e entrelaçados, quais sejam, o doméstico e o interamericano, e interagem com a Constituição Federal de 1988 sem se estabelecer entre eles relação de hierarquia⁵²⁴.

Porém, no interior do sistema jurídico brasileiro há, reitere-se, escalonamento hierárquico normativo, na qual as normas de hierarquia inferior retiram seu fundamento de validade das normas superiores até se chegar à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos, que se encontram no ápice do ordenamento jurídico doméstico, a indicar a existência de uma proteção multinível de direitos humanos.

A supremacia das normas constitucionais e do direito internacional dos direitos humanos é pressuposto do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, na medida em que “[...] uma norma é *juridicamente* válida se foi promulgada por um órgão competente para tanto, segundo a forma prevista, e se não infringe um direito superior; resumindo: se foi estabelecida conforme o ordenamento”⁵²⁵. O controle de convencionalidade requer, assim, que a Convenção Americana seja incorporada ao ordenamento jurídico nacional com hierarquia superior à legislação ordinária para que os juízes locais possam utilizá-la como parâmetro de fiscalização convencional⁵²⁶.

A compatibilidade das leis infraconstitucionais com a Constituição Federal não é suficiente para lhes garantir validade porque as normas infraconstitucionais brasileiras se

411, 2007, p. 510-511, tradução nossa).

⁵²³ ZÚÑIGA, op. cit., 2013, p. 353.

⁵²⁴ PIZZOLO, op. cit., 2016, p. 271.

⁵²⁵ ALEXY, op. cit., 2009, p. 104.

⁵²⁶ DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. In: RIVERA, Julio César; ELÍAS, José Sebastián; GROSMAN, Lucas Sebastián; LEGARRE, Santiago (Coord.). **Tratado de los derechos constitucionales**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, pp. 533-569, p. 538. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Convencionalidad.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

submetem a duplo controle de validade, o de constitucionalidade e o de convencionalidade⁵²⁷. É mister que a legislação ordinária nacional também seja compatível com os tratados internacionais de direitos humanos⁵²⁸. Caso a lei esteja em desconformidade com a Constituição ou com tratados de direitos humanos, ela será considerada inválida e deverá ser retirada do ordenamento jurídico brasileiro.

A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do controle de constitucionalidade, em sua modalidade difusa ou concentrada, que pode acarretar a derrogação *erga omnes* das leis ou na inaplicação da legislação no caso concreto, e o exame de conformidade das normas internas com os tratados de direitos humanos ocorre por meio do controle de convencionalidade⁵²⁹.

Nesse cenário, a norma materialmente válida é a compatível com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos. Caso contrário, a norma jurídica não terá qualquer validade no plano do ordenamento jurídico nacional, devendo ser afastada, mediante controle de constitucionalidade ou de convencionalidade pelos juízes e tribunais brasileiros conforme o caso concreto⁵³⁰.

3.3.1 O Exercício Obrigatório do Controle de Convencionalidade

O empoderamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o fortalecimento dos direitos humanos nas Américas acontece, dentre outras formas, mediante diálogos jurisdicionais com o sistema global, com os outros sistemas regionais, com a sociedade civil e com o sistema jurídico nacional, que se consolida através do chamado controle de convencionalidade⁵³¹. Em realidade, a efetividade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, consoante advertência de Andrea Mensa González, depende da seriedade com a qual cada Estado, através de seus agentes públicos, notadamente os juízes e tribunais, exerce o controle de convencionalidade⁵³².

⁵²⁷ RAMOS, op. cit., 2012a, p. 103.

⁵²⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 1.334-1.335.

⁵²⁹ CARNOTA, Walter F. La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 15, p. 51-66, 2011, p. 64.

⁵³⁰ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 160.

⁵³¹ PIOVESAN, op. cit., 2014, p. 149.

⁵³² GONZÁLEZ, Andrea Mensa. El control de convencionalidad como pilar del Sistema Interamericano. In: PIZZOLO, Calogero; MEZZETTI, Luca. **Tribunales supranacionales y tribunales nacionales**. Vol. 01, Buenos Aires: Astrea, p. 183-212, 2016, p. 186.

O processo de redemocratização nos países da América Latina ensejou, desde os anos 1980, a incorporação de diversos instrumentos normativos internacionais de proteção dos direitos humanos, promovendo-se, assim, uma transformação na cultura jurídica latino-americana na proteção e na promoção da dignidade da pessoa humana com a substituição da tradicional pirâmide jurídica⁵³³ por uma rede ou teia constitucional.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, §2º, estabelece cláusula de abertura do sistema jurídico nacional à ordem jurídica internacional, especialmente em matéria de direitos humanos, permitindo o diálogo entre a ordem jurídica interna e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos através do controle de convencionalidade⁵³⁴, inclusive a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos tem firme posição de que:

[...] cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁵³⁵.

O controle de convencionalidade tem origem na França, quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão nº 74-54-DC, proferida em 15 de janeiro de 1975, entendeu não ter competência para analisar a compatibilidade de projetos de lei com a Convenção Europeia de Direitos Humanos porque não se tratava propriamente dito de controle de constitucionalidade⁵³⁶.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o exame de convencionalidade foi utilizada pela primeira vez, em 2006, pela Corte Interamericana no

⁵³³ PIOVESAN, op. cit., 2012b, p. 69.

⁵³⁴ PIOVESAN, op. cit., 2014, p. 151.

⁵³⁵ [...] quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos a ele, o que obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e finalidade. Os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, em todos os níveis, são obrigados a exercer ex officio um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das normas processuais correspondentes. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados com a administração da justiça devem levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação feita pela Corte Interamericana, o intérprete final da Convenção Americana. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso López Lone e outros Vs. Honduras**. Sentença de 05 de outubro de 2015. Serie C, N.º 302, par. 307, tradução nossa).

⁵³⁶ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, vol. XVIII, n. 2, p. 61-96, 2012, p. 64.

Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*⁵³⁷. Na ocasião, o Tribunal reconheceu a invalidade da lei de anistia chilena que perdoava os crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar de Augusto Pinochet, por entendê-la contrária à Convenção Americana. A propósito:

Leyes de amnistía con las características descritas (*supra* párr. 116) conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley No. 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile⁵³⁸.

Na esfera da jurisdição interna dos Estados, a Corte Suprema argentina foi a pioneira na América Latina ao acolher, desde 2007, a doutrina do controle de convencionalidade⁵³⁹.

Como se vê, a fiscalização de convencionalidade não é, no campo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, exclusiva da Corte Interamericana⁵⁴⁰, mas também obrigação jurídica do Poder Judiciário brasileiro⁵⁴¹, bem como de qualquer outra autoridade pública. Os agentes públicos nacionais, notadamente os magistrados, têm o dever de verificar a compatibilidade da legislação ordinária doméstica com os tratados de direitos humanos, especialmente com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador.

Com efeito, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos entrou em vigor, para a República Federativa do Brasil, em 25 de setembro de 1992, e foi promulgada em 06 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/1992, havendo, portanto, vigência interna e externa. É o principal instrumento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em que

⁵³⁷ MAC-GREGOR, op. cit., 2013a, p. 654.

⁵³⁸ As leis de anistia com as características descritas (par. 116 *supra*) levam à vulnerabilidade das vítimas e à perpetuação da impiedade dos crimes de lesa humanidade, que são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e indubitavelmente, eles afetam os direitos nela consagrados. Isso constitui, por si só, uma violação da Convenção e gera responsabilidade internacional do Estado. Consequentemente, dada a sua natureza, o Decreto-Lei nº 2.191 não tem efeitos jurídicos e não pode continuar representando um obstáculo à investigação dos fatos que constituem o presente caso, nem para identificar e punir os responsáveis, nem pode ter o mesmo ou semelhante impacto em relação a outros casos de violação dos direitos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Chile. (ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C, N.º 154, parágrafo 119, tradução nossa)

⁵³⁹ BAZÁN, op. cit., 2014, p. 33.

⁵⁴⁰ LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. El principio de legalidade y el control de convencionalidade de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, vol. XLIII, n. 128, p. 761-814, mai./ago. 2010, p. 797.

⁵⁴¹ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 40.

os Estados partes se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social⁵⁴².

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado de “Protocolo de San Salvador”, é outro importante instrumento normativo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que positiva especificamente os direitos econômicos, sociais e culturais.

A Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador têm a natureza jurídica especial de tratado internacional de direitos humanos, na medida em que se destina à proteção do indivíduo, diferenciando-se, por isso, dos tratados internacionais tradicionais, que são celebrados em benefício recíproco dos Estados pactuantes⁵⁴³, e seus preceitos são vinculativos e obrigatórios por parte dos Estados signatários⁵⁴⁴.

A incorporação dos instrumentos normativos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no ordenamento constitucional brasileiro e a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos revelam um sistema multinível de direitos e garantias que transcende o âmbito interno do Estado brasileiro, o que exige articulação e diálogo entre os diferentes níveis de tutela dos direitos humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador conformam, conjuntamente com a Constituição Federal de 1988, um todo harmônico porque objetivam, comumente, à proteção do ser humano, de modo que as normas do sistema interamericano de direitos humanos e o direito interno brasileiro formam um aparato institucional e jurídico de proteção e, por isso, estão em constante interação, objetivando, ambos, à proteção dos seres humanos⁵⁴⁵.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o direito nacional não funcionam independentemente um do outro porque se interagem, dialogam e se influenciam mutuamente em aspectos essenciais que conformam as bases do Estado Constitucional de Direito⁵⁴⁶. Por certo, o Pacto de San José da Costa Rica não estabeleceu expressamente o controle de convencionalidade e a sua origem e desenvolvimento foi, como já dito, jurisprudencial, a

⁵⁴² RESENDE, Augusto César Leite de. **A tutela jurisdicional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 125.

⁵⁴³ ALCALÁ, op. cit., 2015, p. 12.

⁵⁴⁴ DONNELLY, op. cit., 2013, p. 174-175.

⁵⁴⁵ CANÇADO, op. cit., 1997, p. 402.

⁵⁴⁶ ZÚÑIGA, op. cit., 2013, p. 352.

partir do Caso Almonacid Arellano de 2006⁵⁴⁷. Nesse aspecto, não há concordância com Max Silva Abbot, para quem o exercício do controle de convencionalidade pelos juízes locais somente seria legítimo se houvesse previsão expressa no direito internacional e no direito nacional⁵⁴⁸, uma vez que a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos são verdadeiros “[...] instrumentos vivos cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos [...]”⁵⁴⁹, podendo-se, desse modo, extrair do seu texto normas jurídicas implícitas.

A previsão normativa do controle de convencionalidade é eminentemente implícita, derivada dos artigos 1º.1 e 2º da Convenção Americana. O art. 1º.1 da Convenção Americana obriga os Estados-partes a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

O fundamento do controle de convencionalidade também repousa no artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 2º do Protocolo de San Salvador, que reproduzem um princípio geral de direito internacional esculpido no artigo 27 da Convenção de Viena de 1969, segundo o qual os Estados têm o dever de adequar o direito interno ao direito internacional⁵⁵⁰. Além disso, a obrigação judicial de controlar a convencionalidade dos atos do Estado é corolário do princípio de direito internacional de que o Estado não pode alegar seu direito interno para descumprir obrigações internacionais⁵⁵¹. A esse respeito a Corte Interamericana de Direitos Humanos assentou:

El artículo 2 de la Convención establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). Si bien el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, la Corte ha interpretado que esta implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación,

⁵⁴⁷ ABBOT, Max Silva. Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso. **Estudios Constitucionales**, Talca, Año 14, N. 02, 2016, p. 101-142, p. 106.

⁵⁴⁸ Ibidem, p. 107.

⁵⁴⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru**. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C, N.º 110, par. 165.

⁵⁵⁰ ZÚÑIGA, op. cit., 2013, p. 350.

⁵⁵¹ LONDOÑO LÁZARO, op. cit., 2010, p. 805.

o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda⁵⁵².

Os tratados internacionais de direitos humanos, uma vez ratificados e incorporados ao direito interno brasileiro, obrigam a todos, inclusive aos parlamentares e juízes nacionais, exigindo-se o cumprimento das obrigações convencionais por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁵⁵³, dentre os quais o exercício do controle de convencionalidade. A esse respeito, Pedro Nikken ensina que: “[...] los Estados deben adoptar las providencias apropiadas para que sus autoridades administrativas y judiciales den cumplimiento, cuando sea menester, a toda obligación internacional del Estado relativa a los derechos humanos”⁵⁵⁴.

Os direitos humanos, sejam eles direitos de primeira, segunda ou terceira dimensão, implicam para os Estados signatários as obrigações convencionais relativas à proteção do indivíduo em sua jurisdição interna⁵⁵⁵. A Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador impõem ao Brasil, mediante atos de seus agentes públicos, o dever de promover as medidas administrativas, legislativas e jurisdicionais necessárias ao pleno e efetivo exercício dos direitos humanos neles positivados, inclusive a obrigação de adequar o direito nacional às normas dos mencionados pactos internacionais⁵⁵⁶.

Não se pode perder de vista que os Estados são livres para, no exercício de sua soberania, definir os meios e mecanismos institucionais de cumprimento de suas obrigações internacionais em seus ordenamentos jurídicos, sem que isso signifique, por outro lado, liberdade para violar direitos humanos consagrados na Convenção Americana ou mesmo para não realizar o controle de convencionalidade⁵⁵⁷. Tal liberdade não é absoluta, na medida em que:

⁵⁵² O artigo 2 da Convenção estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições da mesma, para garantir os direitos nela consagrados, o que implica que as medidas de direito interno devem ser eficazes (princípio do *effet utile*). Embora o artigo 2 da Convenção não defina quais são as medidas pertinentes para a adaptação do direito interno à mesma, a Corte interpretou que isso implica a adoção de medidas em duas vertentes, a saber: i) a abolição das normas e práticas que resultam na violação dos direitos protegidos pela Convenção, que desrespeitem os direitos nela reconhecidos ou impeçam o seu exercício, e ii) a criação de normas e o desenvolvimento de práticas que conduzam à efetiva observância dessas garantias. O Tribunal entendeu que a obrigação do primeiro aspecto é violada quando as normas ou as práticas atentatórias da Convenção permaneçam no sistema jurídico e, portanto, se satisfaz com a alteração, revogação ou, de algum modo, a anulação ou a reforma das normas ou práticas que possuam esses escopos, conforme apropriado. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá**. Sentença de 23 de novembro de 2010, Série C, N.º 218, parágrafo 194, tradução nossa).

⁵⁵³ CANÇADO TRINDADE, op. cit., 1997, p. 440-441.

⁵⁵⁴ NIKKEN, op. cit., 2013, p. 18.

⁵⁵⁵ BAZÁN, op. cit., 2014, p. 28.

⁵⁵⁶ BAZÁN, op. cit., 2014, p. 27.

⁵⁵⁷ DOMÍNGUEZ, Pablo González. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. **Estudios Constitucionales**, Talca, Ano 15, N. 01, 2017, p. 55-98, p. 82.

[...] los Estados tienen la libertad para decidir la mejor manera de implementar la Convención Americana a nivel nacional, de conformidad con las decisiones de sus instancias democráticas y su derecho nacional; pero también que la Corte Interamericana, cuando es necesario y justificable, en atención a las circunstancias de un caso, y a las condiciones particulares de un Estado, puede –y debe– ordenar la adopción de medidas con un alto grado de especificidad para corregir las causas de las violaciones analizadas, para evitar futuras violaciones, y para incrementar la efectividad de la Convención Americana⁵⁵⁸.

Em relação à República Federativa do Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos ingressam na ordem jurídica com a natureza de norma constitucional e, por isso, são fundamento de validade da legislação ordinária, autorizando-se o manejo dos instrumentos de controle difuso e abstrato de constitucionalidade para a efetivação do chamado controle de convencionalidade no âmbito da jurisdição interna. Assim, caberá ao Poder Judiciário nacional garantir a compatibilidade do direito interno com o Pacto de San José da Costa Rica e com o Protocolo de San Salvador por meio do controle de convencionalidade. A propósito:

Así, las medidas de derecho doméstico han de ser efectivas con arreglo a la premisa de *effet utile*, siendo obligación de los magistrados locales (y otras autoridades públicas) asegurar el cumplimiento de aquel deber de adecuación por medio del control de convencionalidad, mecanismo que, por lo demás, ha sido pensado como instrumento para lograr una aplicación armoniosa de las reglas, principios y valores atinentes a los derechos esenciales⁵⁵⁹.

Há três fundamentos jurídicos para o exercício obrigatório do controle de convencionalidade pelos juízes nacionais. O primeiro é o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual os Estados devem acatar suas obrigações internacionais de boa-fé. O segundo é o princípio do efeito útil dos tratados internacionais cuja eficácia não pode ser afastada por normas ou costumes internos. Finalmente, o terceiro é o princípio geral positivado no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, no qual os Estados não podem, por motivos de ordem interna ou alegar o direito doméstico, deixar de cumprir o tratado e as sentenças internacionais⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Os Estados têm a liberdade de decidir a melhor maneira de implementar a Convenção Americana a nível nacional, de acordo com as decisões de suas instâncias democráticas e seu direito nacional; mas também a Corte Interamericana, quando necessário e justificável, à luz das circunstâncias de um caso e as condições particulares de um Estado, pode e deve - ordenar a adoção de medidas com alto grau de especificidade para corrigir as causas de violações analisadas, para evitar futuras violações e para incrementar a efetividade da Convenção Americana. (DOMÍNGUEZ, op. cit., 2017, p. 86, tradução nossa).

⁵⁵⁹ Assim, as medidas de direito interno devem ser efetivas de acordo com a premissa do *effet utile*, sendo obrigação dos magistrados locais (e outras autoridades públicas) assegurar o cumprimento desse dever de adequação através do controle de convencionalidade, mecanismo que, para o resto, foi pensado como um instrumento para alcançar uma aplicação harmoniosa das regras, princípios e valores relativos aos direitos essenciais. (BAZÁN, op. cit., 2014, p. 28, tradução nossa).

⁵⁶⁰ SAGÜES, Néstor Pedro. El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: concordancias y diferencias con el sistema europeo. Disponível

O controle de convencionalidade é uma obrigação que deriva dos tratados internacionais de direitos humanos, inclusive dos instrumentos de *hard law* do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, independentemente de a Corte Interamericana ter competência para se pronunciar, através da via jurisdicional contenciosa, sobre os mesmos⁵⁶¹. O exame de convencionalidade das leis brasileiras não é mera faculdade do Poder Judiciário, mas obrigação jurídica⁵⁶² imposta pela Convenção Americana de Direitos Humanos. O próprio Tribunal Interamericano já assentou que:

[...] cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella⁵⁶³.

E complementa,

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁵⁶⁴.

em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em 12 de agosto de 2017.

⁵⁶¹ ZÚÑIGA, op. cit., 2013, p. 350.

⁵⁶² SARLET, op. cit., 2013, p. 798.

⁵⁶³ [...] quando o Legislativo não cumpre sua tarefa de suprimir e/ou não adotar leis contrárias à Convenção Americana, o Judiciário permanece vinculado ao dever de garantia estabelecido no seu artigo 1.1 e, consequentemente, deve abster-se de aplicar qualquer norma contrária à mesma. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, N.º 154, parágrafo 123, tradução nossa).

⁵⁶⁴ O Tribunal está ciente de que os juízes e os tribunais internos estão sujeitos ao Estado de Direito e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições em vigor no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato de Estado, também estão sujeitos a ele, o que os obriga a assegurar que os efeitos das disposições da Convenção não sejam reduzidos pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e propósito, 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 aplicáveis 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 faz dele, enquanto intérprete última da Convenção Americana. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C, N.º 154, parágrafo 124, tradução nossa).

Os magistrados brasileiros têm o dever funcional de aferir, à luz do caso concreto, a compatibilidade das leis nacionais com os tratados integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, embora a Corte Interamericana conserve seu papel de guardião do Pacto de San José da Costa Rica quando as autoridades judiciais locais forem omissas ou ineficientes na tutela dos direitos humanos no âmbito interno. A omissão judicial importará em violação ao artigo 1º.1 e ao artigo 2º do Pacto de San José da Costa Rica e, por consequência, ilícito internacional a ensejar a responsabilidade do Brasil. Assim, “[...] los jueces nacionales se convierten en ‘guardianes’ de la convencionalidad”⁵⁶⁵.

Os magistrados nacionais são, nas palavras de Eduardo Ferrar Mac-Gregor, juízes interamericanos, na medida em que, no exercício do controle de convencionalidade, desempenham o papel de verdadeiros guardiões da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Protocolo de San Salvador, dos demais Protocolos adicionais à Convenção e da jurisprudência da Corte Interamericana⁵⁶⁶.

Na atualidade, ao Poder Judiciário brasileiro cumpre, no exercício de suas funções típicas, não somente o dever-poder de determinar aos demais Poderes e, evidentemente, aos particulares, a correta observância do ordenamento jurídico nacional, mormente quando não atendidos os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna⁵⁶⁷, mas também a salvaguarda dos direitos humanos positivados em instrumentos normativos internacionais⁵⁶⁸, realizando, se preciso for, o controle de convencionalidade das leis domésticas.

3.3.2 O Controle de Convencionalidade no Âmbito da Jurisdição Interna

No marco do pluralismo constitucional, a Constituição Federal de 1988 e os tratados interamericanos de direitos humanos, como já insistentemente demonstrado, não se relacionam de maneira hierárquica, mas de modo interdependente e ordenado mediante um trabalho em rede, sobressaindo-se uma pluralidade de intérpretes do direito interamericano, mediante o qual os juízes nacionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são os principais responsáveis pelo exercício do controle de convencionalidade⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ [...] os juízes nacionais se convertem em “guardiões” da convencionalidade. (MAC-GREGOR, op. cit., 2013a, p. 654, tradução nossa).

⁵⁶⁶ Ibidem, p. 660.

⁵⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137.

⁵⁶⁸ MAC-GREGOR, op. cit., 2013a, p. 660.

⁵⁶⁹ PIZZOLO, op. cit., 2016, p. 284.

O controle de convencionalidade pode ser exercido, como consequência do entrelaçamento de ordens jurídicas, pelos juízes nacionais e pelos órgãos jurisdicionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, apresentando, a partir daí, duas distintas modalidades: a) o controle de convencionalidade em sede internacional, realizado, direta e subsidiariamente, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos; e b) o controle de convencionalidade em sede nacional, exercido pelos órgãos do Poder Judiciário doméstico⁵⁷⁰, que pode ser difuso ou concentrado.

A jurisdição contenciosa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é coadjuvante e complementar à jurisdição nacional dos Estados, razão pela qual o controle de convencionalidade deve ser realizado primeiramente pelos juízes nacionais. Somente em caso de ausência ou deficiência da jurisdição interna é que a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá realizar em último momento o controle de convencionalidade das leis brasileiras⁵⁷¹.

Os juízes brasileiros devem manejar, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade das leis e, concomitantemente, o controle de convencionalidade da legislação interna em face dos tratados internacionais de direitos humanos, “[...] quando da incorporação de parâmetros protetivos, princípios e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos no âmbito doméstico [...]”⁵⁷², aplicando-se, em qualquer dos casos, os instrumentos jurídico-processuais vocacionados ao exercício do controle de constitucionalidade⁵⁷³, especialmente porque os tratados internacionais de direitos humanos têm, como já ressaltado, *status* de norma de constitucional.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos assinalou, por ocasião do julgamento do Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso *vs.* Peru, que:

Quando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba

⁵⁷⁰ Ibidem, p. 285.

⁵⁷¹ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 50.

⁵⁷² PIOVESAN, op. cit., 2012b, p. 73.

⁵⁷³ ABBOT, op. cit., 2016, p. 111.

ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones⁵⁷⁴.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 instituiu os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, de modo a permitir, por via de consequência, a realização do controle de convencionalidade nas modalidades concreta e abstrata pelos órgãos jurisdicionais internos.

O controle interno e difuso de convencionalidade é exercido pelo juiz nacional que o realiza na esfera doméstica, mediante a verificação da compatibilidade dos atos legislativos com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com o Protocolo de San Salvador ou qualquer outro tratado de direitos humanos, ao passo que o controle concentrado de convencionalidade é exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal⁵⁷⁵.

O controle difuso de convencionalidade realiza-se incidentalmente em uma demanda judicial, na qual os litigantes invocam leis ou atos normativos como fundamento de suas pretensões, cuja compatibilidade com os tratados de direitos humanos deve ser aferida, inclusive *ex officio*, pelo julgador, uma vez que, se a norma contrariar tratados de direitos humanos, ela será inválida, sem qualquer força cogente e, portanto, sua aplicação deverá ser afastada pelo juiz⁵⁷⁶. Assim, a fiscalização da convencionalidade da legislação ordinária interna deve ser realizada pelos juízes e tribunais domésticos incidentalmente em um caso concreto⁵⁷⁷.

O controle difuso permite a qualquer juiz ou tribunal analisar incidentalmente, no julgamento de uma demanda, a convencionalidade da legislação invocada pelas partes da ação judicial. O magistrado decidirá sobre eventual incompatibilidade de dispositivos normativos e sua interpretação com tratados de direitos humanos em caráter *incidenter tantum*, para, então,

⁵⁷⁴ Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que o efeito útil da Convenção não seja diminuída ou anulada pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e propósito. Em outras palavras, os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não apenas um controle de constitucionalidade, mas também de “convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito das respectivas competências e regulamentos processuais correspondentes. Esta função não deve ser limitada exclusivamente pelas declarações ou atos dos demandantes em cada caso específico, mas tampouco implica que esse controle sempre seja exercido, sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade de tais ações. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C, N.º 158, par. 128, tradução nossa).

⁵⁷⁵ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 175-176.

⁵⁷⁶ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 309-339, 2013, p. 331.

⁵⁷⁷ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 180.

julgar o mérito da ação. O controle por via de exceção é, portanto, questão prévia ao exame de mérito da demanda.

As partes, assim como aqueles que podem intervir no processo na qualidade de terceiros, têm legitimidade para arguir a inconvenção de leis domésticas. Do mesmo modo, o Ministério Público, na condição de *custos iuris* ou parte na demanda judicial, pode suscitar a incompatibilidade de normas nacionais com tratados internacionais de direitos humanos.

O exame difuso de convencionalidade das leis brasileiras também pode ser feito de ofício pelos juízes nacionais, isto é, o seu exercício não depende de provocação específica de qualquer das partes ou do Ministério Público porque *iura novit curia*⁵⁷⁸, de modo que os magistrados devem estar conscientes do conteúdo das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e devem aplicá-las quando necessárias para garantir o respeito e a efetividade da Convenção Americana⁵⁷⁹.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos assinalou, no Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso, que os órgãos do Poder Judiciário devem exercer, não somente um controle de constitucionalidade, mas também um controle de convencionalidade *ex officio*, de acordo com suas respectivas competências processuais⁵⁸⁰. Ademais, o exercício do controle de convencionalidade de ofício pelos juízes e tribunais brasileiros não caracterizará violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório ou da igualdade entre as partes, nem importará em julgamento *extra petita* porque a declaração de inconvenção é uma questão de direito e não de fato⁵⁸¹.

É importante registrar que a Corte Interamericana de Direito Humanos não impõe aos Estados a obrigação de estabelecer um controle difuso ou concentrado de convencionalidade, eis que este instrumento deve ser exercido pelos agentes públicos nacionais de acordo com as suas atribuições e competências previamente estabelecidas pela legislação doméstica para o controle de constitucionalidade⁵⁸². No caso do Brasil, o sistema jurídico permite o manejo dos controles concreto e abstrato de convencionalidade.

A decisão judicial proferida em sede de controle difuso de convencionalidade consistirá, a depender das peculiaridades do caso concreto, na ineficácia jurídica do ato

⁵⁷⁸ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 176.

⁵⁷⁹ DOMÍNGUEZ, op. cit., 2017, p. 73.

⁵⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C, N.º 158, parágrafo 128.

⁵⁸¹ BAZÁN, op. cit., 2014, p. 32.

⁵⁸² DOMÍNGUEZ, op. cit., 2017, p. 74.

normativo nacional, das interpretações inconventionais ou daquelas mais prejudiciais ao ser humanos⁵⁸³, produzindo efeitos *inter partes*, à semelhança do controle difuso de constitucionalidade, somente alcançado as partes do processo⁵⁸⁴.

Sempre que o texto normativo doméstico permitir diversas interpretações, os juízes nacionais deverão exercer o exame de convencionalidade para, inicialmente, realizar uma interpretação da legislação local conforme os cânones interamericanos, de modo a impedir a declaração de inconventionalidade (invalidade) da norma interna⁵⁸⁵. Na verdade, reconhece-se a inconventionalidade de determinada interpretação, mas se afirma que a norma pode ser interpretada de forma convencional⁵⁸⁶.

Os juízes brasileiros deverão, primeiramente, em homenagem ao postulado da presunção de convencionalidade e de constitucionalidade das leis, interpretar a norma doméstica conforme a Constituição e os parâmetros convencionais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, promovendo-se, assim, a harmonização do direito interno às disposições normativas internacionais⁵⁸⁷. Somente em caso de antinomia absoluta da norma nacional com os parâmetros de controle de convencionalidade é que a aplicação da norma interna deverá ser afastada no caso concreto⁵⁸⁸. Vale dizer: somente quando não se puder realizar uma interpretação conforme os tratados de direitos humanos, é que se poderá deixar de aplicar a norma nacional ou declarar a sua invalidade⁵⁸⁹. Ademais, a não aplicação da norma interna somente poderá ocorrer quando ela for flagrantemente contrária aos parâmetros de controle de convencionalidade⁵⁹⁰.

A declaração de inconventionalidade de lei ou ato normativo, proferida em sede de controle difuso de convencionalidade por juiz nacional, produz eficácia entre as partes da demanda judicial, fazendo com que a norma interna deixe de ser aplicada em relação àqueles que figuraram nos polos ativo e passivo do processo, permanecendo eficaz, contudo, em relação às demais pessoas. A norma, destarte, não é retirada do ordenamento jurídico nacional.

O ato normativo declarado inconventional é considerado nulo de pleno direito e os efeitos da decisão judicial são *ex tunc*, ou seja, retroagem à data da criação do diploma

⁵⁸³ MAC-GREGOR, op. cit., 2013a, 674.

⁵⁸⁴ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 180.

⁵⁸⁵ ABOUD, op. cit., 2016, p. 286-287.

⁵⁸⁶ O presente parágrafo foi escrito com inspiração nas leituras de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 983).

⁵⁸⁷ ABBOT, cit., 2016, p. 115.

⁵⁸⁸ MAC-GREGOR, op. cit., 2013a, p. 681.

⁵⁸⁹ Ibidem, p. 682.

⁵⁹⁰ LONDOÑO LÁZARO, op. cit., 2010, p. 811.

normativo, fulminando, inclusive, de nulidade todos os atos praticados sob a égide da referida norma inconvenção. Em suma, a decisão que declara a inconvenção de ato normativo interno produz efeitos *inter partes* e *ex tunc*.

No que toca à possibilidade de modulação dos efeitos temporais, na esfera de controle difuso de convencionalidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem posicionamento no sentido de que a norma inconvenção carece de efeitos jurídicos desde o início⁵⁹¹. A incompatibilidade de uma lei com tratados de direitos humanos traduz clara violação a direitos humanos pelo diploma normativo interno, de modo que não se deve, ainda que em caráter excepcional, conferir eficácia *ex nunc* ou mesmo *pro futuro* à decisão exarada no controle difuso de convencionalidade, uma vez que se deve garantir o imediato exercício do direito violado e a integral e adequada reparação dos danos.

No que diz respeito ao controle concentrado de convencionalidade, Valério de Oliveira Mazzuoli aduz que somente os tratados internacionais de direitos humanos aprovados de acordo com o rito especial do art. 5º, § 3º, da Constituição podem ser paradigma de controle concentrado de convencionalidade das leis brasileiras, vez que apenas tais tratados, por serem equivalentes às emendas constitucionais, autorizariam a propositura, perante o Supremo Tribunal Federal, das ações constitucionais necessárias para garantir a supremacia da Constituição e das normas a ela equiparadas, como os tratados internacionais de direitos humanos formalmente constitucionais, ao passo que os tratados internalizados sem a observância do rito qualificado seriam paradigma apenas de controle difuso de convencionalidade⁵⁹².

O art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição da República somente autorizaria a propositura de ação direta de inconstitucionalidade quando a Constituição ou norma a ela equivalente estiver sendo violada por lei ou ato normativo federal ou estadual, eis que “[...] a expressão ‘guarda da Constituição’, utilizada pelo art. 102, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação, como é o caso dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais”⁵⁹³.

No entanto, tal entendimento merece reproche porque não se coaduna com a natureza jurídica constitucional de todos os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que não observado o quórum qualificado previsto no § 3º do art. 5º da Constituição, desprestigiando, inclusive, as noções de constituição material e de constituição invisível e porque cria uma

⁵⁹¹ MAC-GREGOR, op. cit., 2013a, p. 675.

⁵⁹² MAZZUOLI, o. cit., 2016, p. 180.

⁵⁹³ Ibidem, p. 192-193.

distinção arbitrária entre normas constitucionais materiais e normas constitucionais formais, além de esvaziar o sentido e o alcance do art. 5º, § 2º, do Texto Magno.

Além do que foi exposto, o Estado brasileiro deverá adotar, como já ressaltado, todas as medidas de natureza administrativa, legislativa e, sobretudo, jurisdicional para adequar as normas jurídicas nacionais aos patamares mínimos de proteção dos direitos humanos estabelecidos pelo direito interamericano.

Por tais razões, deve-se, ante a ausência de previsão expressa na Carta Magna e em homenagem aos princípios da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, tomar de empréstimo todo o arcabouço jurídico de controle abstrato de constitucionalidade estruturado na Constituição Federal de 1988 para o efetivo respeito e eficaz proteção e promoção de todos os direitos humanos, independentemente de que a sua positivação se dê em tratados equivalentes ou não a emendas a Constituição.

Evidentemente que a Constituição estabelece tratamentos jurídicos distintos aos sistemas de controle concentrado e do de controle difuso de constitucionalidade, mas isso não significa dizer, como afirma Valério de Oliveira Mazzuoli⁵⁹⁴, que a Carta Magna deu maior importância ao controle abstrato das leis em detrimento do controle difuso. Segundo o citado jurista, a maior dignidade da fiscalização concentrada de constitucionalidade decorreria da presença de um rol específico de legitimados para o exercício do controle abstrato⁵⁹⁵. Contudo, tal premissa leva à conclusão justamente do contrário porque o controle difuso permite que todo e qualquer cidadão possa invocar a inconstitucionalidade de uma lei, notadamente quando contrária a seus direitos fundamentais, que funcionam como trunfos contra a maioria.

Ainda que os tratados de direitos humanos não sejam equivalentes às emendas constitucionais, eles são sempre intrínseca e materialmente constitucionais. Desse modo, as leis domésticas que contrariarem qualquer tratado de direitos humanos, inclusive a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador, independentemente da sua aprovação na forma estabelecida no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, poderão ser objeto de controle concentrado de convencionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A fiscalização abstrata de convencionalidade será exercida, portanto, por meio dos instrumentos processuais de controle concentrado de constitucionalidade, notadamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, desde que presentes seus pressupostos previstos da Constituição e nas Leis nº. 9.868/99 e 9.882/99, através dos quais o Pretório Excelso aferirá a compatibilidade da legislação

⁵⁹⁴ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 189.

⁵⁹⁵ Ibidem, p. 190.

infraconstitucional com os tratados internacionais de direitos humanos, que têm *status* de normas materialmente ou material e formalmente constitucionais. Nesse ponto, concorda-se com Valério de Oliveira Mazzuoli quando leciona que:

[...] a conhecida Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) transforma-se em verdadeira Ação Direta de *Inconvencionalidade*. Da mesma maneira, a Ação Declaratória de *Convencionalidade* [...]. Em idêntico sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) poderia ser utilizada proteger “preceito fundamental” de um tratado de direitos humanos violado por normas infraconstitucionais, inclusive leis *municipais* e normas *anteriores* à data em que dito tratado foi aprovado (e entrou em vigor)⁵⁹⁶.

Por fim, deve-se ressaltar que o controle de convencionalidade no âmbito da jurisdição internacional assenta-se no princípio da subsidiariedade, no sentido de que as autoridades públicas estatais são os primeiros garantidores de que a interpretação e a aplicação do direito nacional sejam consentâneas com os direitos humanos positivados nos tratados interamericanos⁵⁹⁷; vale dizer, os juízes nacionais são os primeiros encarregados de exercer o controle de convencionalidade⁵⁹⁸. Em caso de omissão ou de atuação ineficiente do Poder Judiciário brasileiro, abrem-se as portas da jurisdição interamericana, que poderá realizar o chamado controle de convencionalidade externo para a tutela dos direitos humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício da competência contenciosa, preferirá sentenças definitivas e inapeláveis e, em caso de procedência, determinará ao Estado condenado que assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados e determinará também, se for o caso, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação de direitos humanos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada, nos termos do art. 63 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁵⁹⁹.

O conceito de reparação em direito internacional é mais amplo do que no direito interno porque, além da obrigação de indenização econômica às vítimas e familiares das vítimas, as sentenças condenatórias internacionais incluem as reparações simbólicas, a promoção das responsabilidades internas pela violação e as chamadas “medidas de não-repetição”, que podem envolver alterações da legislação interna e da jurisprudência pacificada até mesmo da Corte Suprema de um país⁶⁰⁰. Desse modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode, ao

⁵⁹⁶ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 195-196.

⁵⁹⁷ DOMÍNGUEZ, op. cit., 2017, p. 64.

⁵⁹⁸ GONZÁLEZ, op. cit., 2016, p. 188.

⁵⁹⁹ RESENDE, op. cit., 2015, p. 136-137.

⁶⁰⁰ BERNARDES, Márcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 148.

reconhecer a manifesta inconvenção de uma norma interna, condenar a República Federativa do Brasil a inaplicá-la, desde que tal medida seja necessária para tornar efetivos os direitos reconhecidos no Pacto de San José da Costa Rica, removendo-se, com isso, eventuais obstáculos normativos que impedem o pleno gozo de tais direitos.

A Corte Interamericana tem ampla margem de atuação em sua competência jurisdicional contenciosa porque, repita-se, pode condenar o Estado demandado às obrigações de fazer, não fazer e pagar que se fizerem necessárias para garantir a plena reparação dos danos decorrentes de violações de direitos humanos reconhecidos no Pacto de San José da Costa Rica⁶⁰¹, podendo, desse modo, determinar ao Estado condenado que interprete o direito nacional à luz do *corpus iuris* interamericano ou, até mesmo, que altere ou revogue leis internas que sejam incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou ainda que anule ou execute uma decisão judicial proferida por um órgão jurisdicional doméstico⁶⁰². Sobre esse tema, Antônio Augusto Cançado Trindade sustenta que:

As reparações não-pecuniárias são, em nosso entender, muito mais importantes do que possam *prima facie* parecer: são elas que buscam assegurar a validade continuada das obrigações convencionais violadas. Podem assumir a forma de medidas positivas a ser tomadas pelo Estado no sentido de garantir a conformidade de sua conduta futura com aquelas obrigações, ainda que para isto seja necessário modificar disposições da legislação nacional a fim de harmonizá-las com a normativa internacional de proteção⁶⁰³.

Enfim, é perfeitamente possível à Corte Interamericana de Direitos Humanos declarar a inconvenção de uma norma nacional no exercício de sua jurisdição contenciosa. Porém, a decisão do Tribunal Interamericano não anula ou expulsa, por si só, do ordenamento jurídico doméstico as leis declaradas inconvenções, uma vez que o referido Órgão Jurisdicional não atua como uma última instância da justiça brasileira e nem substitui o Poder Judiciário interno⁶⁰⁴.

Caberá ao legislador ou aos juízes e tribunais brasileiros dar cumprimento à sentença da Corte, por meio da revogação da lei havida por inconvenção ou a sua inaplicação aos casos concretos, nos quais o controle de convencionalidade funciona, no plano interno, como uma técnica para o devido cumprimento das sentenças da Corte Interamericana⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ RESENDE, op. cit., 2015, p. 139.

⁶⁰² PIOVESAN, op. cit., 2011, p. 156.

⁶⁰³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Vol. II, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 178-179.

⁶⁰⁴ LONDOÑO LÁZARO, op. cit., 2010, p. 798.

⁶⁰⁵ DOMÍNGUEZ, op. cit., 2017, p. 72.

3.4 OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA RELEITURA A PARTIR DO PLURALISMO CONSTITUCIONAL

O art. 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁶⁰⁶ dispõe que “[...] a decisão da Corte só será obrigatória para as partes litigantes e a respeito do caso em questão[...]” e o art. 38 do mesmo Estatuto afirma que as decisões judiciais têm valor persuasivo, ou seja, são instrumentos que auxiliam a interpretação dos tratados internacionais. Por isso, a doutrina internacionalista tradicionalmente ensina que as decisões de tribunais internacionais não são fontes do direito e, por isso, não são normas jurídicas, mas apenas instrumentos auxiliares de interpretação de textos normativos formais, que provêm de outras fontes⁶⁰⁷.

As decisões dos tribunais internacionais não são, de acordo com os artigos 38 e 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, fontes formais do Direito, mas apenas vetores hermenêuticos a auxiliar a atividade do intérprete, o que significa, segundo Julio Barboza, “[...] que la doctrina del precedente obligatorio, conocida en el *common law* anglosajón como *stare decisis*, no tiene vigencia en el derecho de gentes”⁶⁰⁸.

O papel da jurisprudência internacional seria o de orientar o intérprete a construir o significado e o conteúdo das normas internacionais para a solução da controvérsia judicial. Nessa linha, as decisões judiciais proferidas pelos tribunais internacionais possuiriam relevância jurídica, mas não teriam força normativa, no sentido de que teriam o potencial de influenciar na construção hermenêutica das normas jurídicas internacionais, mas não seriam propriamente instrumentos de *hard law* de caráter geral e abstrato⁶⁰⁹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, contudo, instituiu, ao longo do tempo, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma doutrina semelhante ao *stare decisis*, no sentido de que as normas internas dos Estados devem ser compatíveis não só com os enunciados normativos da Convenção Americana, mas também com a interpretação que

⁶⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, no dia 26/06/1945 após o término da Conferência sobre Organização Internacional e entrou em vigor no dia 24/10/1945 junto com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

⁶⁰⁷ BASCUÑÁN, Sergio Fuenzalida. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”. **Revista de Derecho**, Valdivia, vol. XXVIII, n. 1, p. 171-192, jun. 2015, p. 173.

⁶⁰⁸ BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Víctor P. Zavalía, 2008, p. 151.

⁶⁰⁹ SHAW, op. cit., 2010, p. 87.

dela faz o próprio Tribunal Regional, com o objetivo de uniformizar a interpretação dos direitos humanos consagrados no Pacto de San José da Costa Rica⁶¹⁰.

A Corte tem afirmado, desde o julgamento do Caso Almonacid Arellano e outros *vs.* Chile, ocorrido em 2006, a força obrigatória dos seus precedentes, ou seja, a eficácia vinculante à *ratio decidendi* ou aos fundamentos determinantes de suas decisões⁶¹¹, de modo a obrigar os juízes e tribunais nacionais a adotar o sentido que tem atribuído à Convenção Americana⁶¹².

As sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm, além de uma eficácia direta em relação ao Estado condenado em um processo internacional, uma eficácia interpretativa *erga omnes*, de modo que todos os Estados partes da Convenção Americana, que tenham aceitado a competência jurisdicional contenciosa da Corte, devem respeitar não somente o texto formal do Pacto de San José da Costa Rica, mas também a norma convencional interpretada, isto é, a leitura que o Tribunal Interamericano faz da Convenção Americana⁶¹³. Segundo Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “[...] la eficacia interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional”⁶¹⁴.

O art. 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que se o exercício dos direitos e liberdades ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. Os Estados têm a obrigação de adotar as medidas legislativas, administrativas e jurisdicionais necessárias para garantir a efetividade plena dos direitos humanos positivados na Convenção Americana⁶¹⁵, o que compreende o dever de adequar seu direito doméstico aos enunciados normativos do

⁶¹⁰ SAGÜES, op. cit., 2010, p. 126.

⁶¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade: na perspectiva do direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 57-85, 2013, p. 80.

⁶¹² *Ibidem*, p. 82.

⁶¹³ 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*). **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 11, n. 2, p. 641-694, 2013b, p. 662.

⁶¹⁴ A eficácia interpretativa da norma convencional deve ser entendida como a possibilidade de alcançar um padrão regional protetivo mínimo da Convenção Americana a ser aplicável por todas as autoridades a nível nacional. (MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 662, tradução nossa).

⁶¹⁵ MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 664.

Pacto de San José da Costa Rica e à jurisprudência da Corte Interamericana⁶¹⁶. Nesse diapasão, os juízes nacionais devem interpretar o direito nacional conforme a Convenção Americana e com os precedentes do aludido Tribunal Internacional⁶¹⁷.

A interpretação e a aplicação das normas de direito interno por juízes nacionais em desconformidade com os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos caracterizarão violação ao disposto no art. 2º da Convenção Americana e, ensejarão, a responsabilidade internacional do Estado⁶¹⁸.

O dever de adequação da legislação doméstica ao direito interamericano de direitos humanos, previsto no art. 2º da Convenção Americana, transcende o âmbito legislativo, no sentido de que as autoridades administrativas e, especialmente, os magistrados nacionais deverão decidir os casos envolvendo direitos humanos de modo a não limitar os padrões hermenêuticos fixados pela Corte Interamericana, a fim de que, dessa maneira, possa dar efetividade mínima aos direitos positivados no Pacto de San José da Costa Rica⁶¹⁹. Ademais, os juízes nacionais deverão dar a máxima efetividade possível aos enunciados normativos do Pacto de San José da Costa Rica, razão pela qual a interpretação dos direitos humanos, em menor alcance à estabelecida pela Corte Interamericana, implicará limitação abusiva e ilícita ao exercício de tais direitos, sendo vedado, inclusive, pelo art. 29 da Convenção Americana⁶²⁰.

A atividade hermenêutica judicial nacional deve ser realizada em consonância com o princípio do efeito útil, que significa que o Estado, através de seus agentes públicos, deve adotar todas as medidas necessárias e adequadas para assegurar a efetividade do Pacto de San José da Costa Rica, o que pressupõe o respeito à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶²¹.

A vinculação às decisões passadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos decorre dos artigos 1º e 2º do Pacto de San José, que impõem aos Estados os deveres de respeitar e garantir os direitos humanos e de adequar a legislação interna aos enunciados do referido tratado internacional, que somente podem ser realmente cumpridos se os juízes domésticos interpretem as normas convencionais de acordo com a jurisprudência interamericana⁶²². Na lição de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “[...] la forza normativa de la

⁶¹⁶ Ibidem, 665.

⁶¹⁷ Ibidem, p. 666.

⁶¹⁸ Ibidem, p. 666.

⁶¹⁹ Ibidem, p. 668.

⁶²⁰ Ibidem, p. 666.

⁶²¹ Ibidem, p. 667.

⁶²² MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 669-670.

Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como ‘intérprete última’ de dicho Pacto[...]”⁶²³, uma vez que as normas jurídicas convencionais são o sentido construído do texto formal do Pacto de San José da Costa Rica através da interpretação empreendida pela Corte Interamericana. Logo, as decisões do aludido Tribunal Regional veiculam normas convencionais interpretadas que derivam diretamente da Convenção Americana e, por isso, possuem a força normativa idêntica ao tratado internacional, isto é, “[...] sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional”⁶²⁴.

A despeito de o art. 68.1 do Pacto de San José afirmar que “[...] os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes [...]”, verdade é que tal dispositivo convencional não afasta a força vinculante dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos porque a norma jurídica convencional que deve ser aplicada pelos Estados é justamente o resultado da interpretação dos enunciados normativos da Convenção Americana efetivada pela mencionada Corte⁶²⁵. Como se vê, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos produzem efeitos vinculantes qualitativamente diferentes para as partes que intervieram no processo e para os demais Estados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁶²⁶.

Em relação ao Estado condenado, que figurou no polo passivo da demanda internacional, a sentença do Tribunal Interamericano tem eficácia vinculante direta, integral e absoluta, alcançando, além da *ratio decidendi*, as obrigações impostas na parte resolutiva da decisão⁶²⁷. Não há, nessa hipótese, a possibilidade de o Estado deixar de cumprir o *decisum* em sua integralidade, sob alegação da existência de norma interna ou decisão judicial nacional, ainda que mais benéfica ao ser humano⁶²⁸. No que pertine aos demais Estados partes da Convenção Americana, que não intervieram no processo internacional na qualidade de legitimado passivo *ad causam*, o efeito vinculante se limita à *ratio decidendi* da sentença da Corte Interamericana, não envolvendo as obrigações constantes da parte resolutiva⁶²⁹. Trata-

⁶²³ A força normativa da Convenção Americana alcança a interpretação que da mesma faz a Corte IDH, como intérprete última do dito Pacto. (MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 672, tradução nossa).

⁶²⁴ Suas interpretações adquirem o mesmo grau de eficácia do texto convencional. (MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 672, tradução nossa).

⁶²⁵ Ibidem, p. 672.

⁶²⁶ MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 676. Ver também: GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Teoría del control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, Talca, Ano 14, N. 01, p. 61-94, 2016, p. 70.

⁶²⁷ MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 676.

⁶²⁸ Ibidem, p. 678.

⁶²⁹ Ibidem, p. 676.

se de uma eficácia vinculante indireta, que se projeta para os outros Estados integrantes do Pacto de San José da Costa Rica⁶³⁰.

É importante ressaltar que diversos tribunais constitucionais na América Latina reconhecem o caráter vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que têm exercido o controle de convencionalidade em conformidade com a jurisprudência interamericana, a exemplo da Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Peru e República Dominicana⁶³¹.

No Brasil, os precedentes do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos têm força vinculante? Sim, segundo a jurisprudência da própria Corte Interamericana e a doutrina nacional, a atuação jurisdicional contenciosa do Tribunal Regional tem relevante impacto na criação, na validade e na interpretação das normas internas dos Estados integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁶³² porque os órgãos do Poder Judiciário brasileiro devem interpretar as leis infraconstitucionais em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos, levando-se em consideração os pronunciamentos da Corte Interamericana, que é a intérprete última da Convenção Americana⁶³³.

Os precedentes jurisdicionais contenciosos proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos também são parâmetros de exame de convencionalidade⁶³⁴. Assim, a jurisprudência do Tribunal Interamericano serve de vetor hermenêutico aos juízes nacionais, orientando-os a construir o significado e o conteúdo dos direitos humanos positivados no texto normativo internacional e a examinar a validade das normas internas face aos cânones do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A própria Corte Interamericana tem firme entendimento de que é obrigação internacional do Poder Judiciário dos Estados soberanos realizar o controle de convencionalidade da legislação ordinária estatal, examinando não somente a compatibilidade dos atos normativos internos com a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador, mas também com a interpretação que deles faz a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁶³⁵.

Os juízes brasileiros estão vinculados aos precedentes, incluindo a *ratio decidendi*, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive daqueles proferidos em processos

⁶³⁰ Ibidem, p. 677.

⁶³¹ Ibidem, p. 691.

⁶³² ZÚÑIGA, op. cit., 2013, p. 348.

⁶³³ MAZZUOLI, op. cit., 2016, p. 57.

⁶³⁴ MAC-GREGOR, op. cit., 2013a, p. 672-673.

⁶³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. op. cit., 2006a. Serie C, N.º 154, parágrafo 124.

contenciosos ou consultivos do qual o Brasil não foi parte, pois, como ensina Eduardo Ferrer Mac-Gregor, reduzir a obrigatoriedade da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos somente àqueles casos em o Estado foi parte equivaleria a nulificar a essência da Convenção Americana⁶³⁶.

Em que pese a não haver hierarquia entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os órgãos do Poder Judiciário brasileiro, verdade é que o referido Tribunal Internacional se arroga a intérprete última da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Protocolo de San Salvador, motivo pelo qual os juízes e tribunais nacionais estariam vinculados à interpretação que a Corte Regional faz dos já mencionados tratados internacionais⁶³⁷.

Ocorre que, à luz da teoria do pluralismo constitucional, a relação entre a ordem jurídica doméstica e o direito internacional dos direitos humanos é estabelecida em termos heterárquicos e não hierárquicos, não se admitindo reivindicações de autoridade ou intérprete último ou máximo de tratados internacionais ou da Constituição. Desse modo, a vinculação dos juízes e tribunais brasileiros aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos não deve ser fundada na postulação do referido Órgão Jurisdicional Internacional de intérprete último do Pacto de San José da Costa Rica.

Além disso, a adoção de uma doutrina do *stare decisis* em relação às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos depende de previsão no direito interno e a possibilidade de superação dos precedentes à luz do contexto social, moral e político do país⁶³⁸. O Pacto de San José da Costa Rica não prevê de forma direta e expressa o caráter vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos para os demais Estados que não foram parte do processo⁶³⁹. Trata-se, como ressaltado alhures, de construção doutrinária e jurisprudencial do Tribunal Interamericano.

O efeito vinculante das decisões do Tribunal Interamericano no âmbito da jurisdição brasileira fundamenta-se, porém, nos artigos 1º e 2º da Convenção Americana e dos artigos 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil interpretados a partir das teorias do pluralismo constitucional e da ideia de romance em cadeia de Ronald Dworkin.

A inexistência de força vinculante em relação aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos possibilita que juízes nacionais decidam casos envolvendo direitos positivados no Pacto de San José da Costa Rica em desconformidade com o pensamento

⁶³⁶ MAC-GREGOR, op. cit., 2013a, p. 674.

⁶³⁷ PIOVESAN, op. cit., 2024, p. 151.

⁶³⁸ BASCUÑÁN, op. cit., 2015, p. 179.

⁶³⁹ HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad: el efecto “*erga omnes*” de las sentencias de la Corte Interamericana. **Estudios Constitucionales**, Talca, Año 11, n. 2, p. 695-710, 2013, p. 700.

jurídico do Tribunal Interamericano, o que poderá ensejar a violação de direitos humanos e, por conseguinte, ilícito internacional por descumprimento da Convenção Americana. Não é por outro motivo que a vinculação aos precedentes da Corte Interamericana exerce uma função nitidamente preventiva, eis que a observância das decisões pretéritas do Tribunal Internacional evitaria potenciais infrações de direitos humanos e, com isso, afastaria a responsabilização internacional do país⁶⁴⁰.

Assim, propõe-se que os juízes e tribunais nacionais nos casos envolvendo direitos humanos positivados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou no Protocolo de San Salvador decidam com base nas ideias do “direito como integridade” e do “romance em cadeia” de Ronald Dworkin⁶⁴¹ lidos à luz da teoria do pluralismo constitucional, ou seja, iniciando-se com a construção jurisprudencial do Direito Internacional dos Direitos Humanos pela Corte Interamericana, sem se descuidar, claro, do necessário e profícuo diálogo com o direito interno, inclusive com as decisões proferidas por tribunais brasileiros, de modo a permitir a mais efetiva proteção dos direitos humanos.

A tese, portanto, é da vinculação dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que tais decisões devem ser o ponto de partida da atividade interpretativa dos juízes nacionais, que poderão deixar, por outro lado, de aplicá-los aos casos concretos nas hipóteses de *distinguishing* ou de precedente interno mais benéfico e favorável ao ser humano, mas não os ignorar, conforme será adiante retomado.

No direito como integridade, segundo Ronald Dworkin, “[...] as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica”⁶⁴². E mais,

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos

⁶⁴⁰ HITTERS, op. cit., 2013, p. 699.

⁶⁴¹ A tese da utilização da doutrina do *stare decisis* a partir das ideias de direito como integridade e do romance em cadeia fora proposta por Estefânia Maria de Queiroz Barboza (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas da *common law* e *civil law*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011), mas somente em relação aos precedentes proferidos por tribunais brasileiros, o que serviu de inspiração e de referencial teórico. Contudo, no presente trabalho científico, objetiva-se à proposição da doutrina de precedentes vinculantes em relação às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos porque, nos dias atuais, não se pode mais compreender o sistema constitucional de direitos fundamentais dissociado dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, na medida em que eles necessariamente se entrelaçam e se debruçam sobre problemas jurídicos comuns.

⁶⁴² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 272.

casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas⁶⁴³.

O sistema jurídico já não pode, diante da complexidade da sociedade contemporânea, ser compreendido como um conjunto apenas de regras, mas de regras e princípios, de modo que “[...] o direito como integridade gera, destarte, a consistência necessária para um modelo de princípios”⁶⁴⁴. O direito como integridade parte da premissa, portanto, que o ordenamento jurídico é um sistema íntegro e coerente de regras e princípios⁶⁴⁵. Nas palavras de Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão⁶⁴⁶.

As regras se aplicam na modalidade do tudo ou nada, ou seja, se a regra é válida e estão presentes os pressupostos de fato que nela se subsumem, a regra deve ser aplicada. Os princípios são, por sua vez, padrões que devem ser observados, “[...] não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁶⁴⁷.

Os casos envolvendo direitos humanos, assim como aqueles que tratam de direitos fundamentais, podem ser considerados *hard cases*⁶⁴⁸ porque tais direitos, apesar de positivados no texto formal e escrito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou no Protocolo de San Salvador, não podem ser definidos *a priori*, na medida em que têm caráter aberto e abstrato e dependem do contexto histórico, social e cultural e das peculiaridades do caso concreto para a sua adequada interpretação e, conseqüente, densificação⁶⁴⁹, por isso, devem ser decididos com base no direito como integridade, que repousa na ideia de vinculação ao passado⁶⁵⁰, e na ideia do “romance em cadeia”⁶⁵¹.

⁶⁴³ DWORKIN, op. cit., 2007, p. 291.

⁶⁴⁴ BARBOZA, op. cit., 2014, p. 252.

⁶⁴⁵ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 71.

⁶⁴⁶ DWORKIN, op. cit., 2010, p. 39.

⁶⁴⁷ Ibidem, p. 36.

⁶⁴⁸ Ibidem, p. 127. Casos difíceis são aqueles que “[...] envolvem situações em que não há uma regra específica ou clara que venha a ser aplicada ao caso concreto submetido ao Judiciário” (BARBOZA, op. cit., 2014, p. 252).

⁶⁴⁹ BARBOZA, op. cit., 2014, p. 33.

⁶⁵⁰ BARBOZA, op. cit., 2014, p. 246.

⁶⁵¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O direito como integridade e os precedentes judiciais. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro.** Rio Janeiro: Lumen Juris, p.

A adoção do “romance em cadeia” é perfeitamente compatível com o sistema da *civil law* adotado no Brasil, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional e, desse modo, na tutela dos direitos fundamentais e dos direitos humanos consagrados na Carta Magna e no direito interamericano de direitos humanos⁶⁵², uma vez que os magistrados não têm discricionariedade para solucionar os litígios relacionados a violações de direitos humanos, na medida em que “[...] o processo de decisão sempre leva em consideração as decisões do passado, de onde os juízes irão retirar o princípio aplicável ao caso presente, de algum modo, inclusive justificando a decisão passada”⁶⁵³.

As decisões judiciais devem ser tomadas com base em princípios existentes no sistema jurídico⁶⁵⁴, daí porque a história é particularmente importante para a concepção do direito como integridade, posto que “[...] os direitos e deveres decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem coerção [...]”⁶⁵⁵, embora não se trate de atrelamento aos ideais ou fins políticos daqueles que criaram o direito ou, no caso norte-americano, dos *Founding Fathers*⁶⁵⁶.

O direito como integridade pede então que os juízes decidam com base na ideia de “romance em cadeia”⁶⁵⁷, na medida em que “são igualmente atores e críticos”⁶⁵⁸ de um mesmo romance, ou seja, os juízes devem decidir como se estivessem a escrever um novo capítulo de um romance; para tanto, devem ler e interpretar os capítulos anteriores (legislação, precedentes e prática social), para então escrever, da melhor maneira possível um novo capítulo (decisão) coerente com a história já escrita até aquela data, como se o romance fosse obra de um único autor⁶⁵⁹. A propósito:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um dos nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo

201-236, 2016, p. 214.

⁶⁵² Ibidem, p. 214.

⁶⁵³ PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas: a postura do juiz**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 180.

⁶⁵⁴ BARBOZA, op. cit., 2016, p. 215.

⁶⁵⁵ DWORKIN, op. cit., 2007, p. 273-274.

⁶⁵⁶ Ibidem, p. 274.

⁶⁵⁷ Ibidem, p. 286.

⁶⁵⁸ Ibidem, p. 275.

⁶⁵⁹ BARBOZA, op. cit., 2014, p. 253.

empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então⁶⁶⁰.

A interpretação deve ser feita em cadeia, o juiz deverá, na prática, fundamentar suas decisões como um escritor escreve seu romance, de modo que os magistrados não podem julgar sem levar em conta os precedentes (os capítulos anteriores)⁶⁶¹, ou seja, não podem ignorar as decisões pretéritas proferidas em casos semelhantes porque tais precedentes fazem parte da história institucional de uma comunidade, a qual os juízes devem interpretar e dá continuidade de acordo com os princípios e de forma coerente com o passado⁶⁶². Trata-se de um dever geral de coerência com as decisões passadas e as futuras⁶⁶³.

A ideia da qual se parte é a da *chain of law* que, analogamente ao exercício literário de construção de um romance, pretende edificar uma decisão jurídica. Assim os juízes deveriam encarar a sua decisão (ato de criação) como um capítulo a mais de uma história já iniciada por outros e, portanto, levar em conta o que já foi escrito (ato de interpretação), no sentido de não romper com a unidade e coerência da história. Cada juiz (ou escritor) deve fazer da sua decisão (ou texto), naquele momento, a (ou o) melhor possível⁶⁶⁴.

O direito como integridade pressupõe uma comunidade de princípios⁶⁶⁵, segundo o qual “[...] os membros aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por acordo político [...]”⁶⁶⁶ e, nesse particular, exige que os juízes decidam, nos chamados casos difíceis, a partir dos princípios, inclusive os assentados nos precedentes judiciais. A interpretação do direito não se resume, como se vê, a levar em consideração os precedentes, mas também o modo como essas decisões foram tomadas, por quais autoridades e em quais circunstâncias⁶⁶⁷.

As decisões judiciais devem ser compatíveis com a prática jurídica e devem se ajustar aos princípios consignados na legislação e nas sentenças pretéritas⁶⁶⁸. Os fundamentos dos

⁶⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. Ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

⁶⁶¹ SAAVEDRA, op. cit., 2006, p. 80.

⁶⁶² DWORKIN, op. cit., 2007, p. 286.

⁶⁶³ BARBOZA, op. cit., 2016, p. 215.

⁶⁶⁴ CHUEIRI, Vera Caram de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso institui-te de direitos. Curitiba: J.M., 1995, p. 98.

⁶⁶⁵ BARBOZA, op. cit., 2016, p. 221.

⁶⁶⁶ SAAVEDRA, op. cit., 2006, p. 77.

⁶⁶⁷ DWORKIN, op. cit., 2007, p. 292.

⁶⁶⁸ CHUEIRI, op. cit., 1995, p. 107.

precedentes judiciais, vale dizer, os princípios determinantes da decisão são atos da comunidade personificada e, por isso, devem ser considerados como parte do direito⁶⁶⁹. O processo decisório deve levar em consideração as decisões passadas às quais subjazem regras e princípios jurídicos. Por isso, o dever do juiz é interpretar a história jurídica, no sentido de que deverá compreender o que fora escrito no passado através dos precedentes judiciais⁶⁷⁰ para então escrever coerentemente um novo capítulo de uma mesma história e não criar uma nova história⁶⁷¹.

O art. 926 do Código de Processo Civil diz textualmente que “[...] os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Há, no ordenamento jurídico nacional, um dever geral de integridade e um dever geral de coerência da decisão judicial. Tais deveres são dirigidos aos juízes e tribunais e servem de instrumentos para o desenvolvimento do microssistema de precedentes vinculantes brasileiros⁶⁷².

O princípio da integridade na decisão judicial exige que o direito seja compreendido como um todo coerente e estruturado de princípios relativos à justiça, à equidade e ao devido processo legal⁶⁷³, com o objetivo de que os juízes decidam coerentemente com tais princípios. Já o dever geral de coerência significa que os magistrados estão vinculados a uma obrigação de coerência com as decisões pretéritas e com as que serão tomadas no futuro, devendo, dessa forma, decidir com base nos mesmos princípios que embasaram as já tomadas⁶⁷⁴. Fredie Didier Júnior leciona que o dever de coerência afirma o caráter histórico do desenvolvimento judicial do Direito, eis que o direito dos precedentes se forma a partir de uma cadeia sucessiva de decisões, daí porque tal obrigação institucional do Poder Judiciário impõe a necessidade de autorreferência, vale dizer, de dialogar com os precedentes anteriores⁶⁷⁵.

As premissas teóricas do pensamento de Ronald Dworkin sobre o “direito como integridade” e o “romance em cadeia” representam uma reflexão filosófica centrada no sistema jurídico nacional⁶⁷⁶. Porém, tais ideias podem ser perfeitamente analisadas em conjunto com a teoria do pluralismo constitucional porque as ordens jurídicas nacional e

⁶⁶⁹ DWORKIN, op. cit., 2007, p. 297.

⁶⁷⁰ CHUEIRI, op. cit., 1995, p. 100.

⁶⁷¹ DWORKIN, op. cit., 2005, p. 240.

⁶⁷² DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (org.). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 89-103, p. 93.

⁶⁷³ CHUEIRI, op. cit., 1995, p. 131.

⁶⁷⁴ BARBOZA, op. cit., 2014, p. 254.

⁶⁷⁵ DIDIER JÚNIOR, op. cit., 2018, p. 96-97.

⁶⁷⁶ MANSILLA, Isabel Turégano. La filosofía del derecho internacional de Dworkin: una teoría insuficientemente igualitaria. **El legado de Dworkin a la filosofía del derecho: tomando en serio el imperio del erizo**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 413-435, 2015, p. 413.

interamericana estão entrelaçadas e são interdependentes, o que implica dizer que “[...] los académicos y operadores del nuevo derecho público deben estudiarlos como regímenes imbricados”⁶⁷⁷.

O surgimento de ordens jurídicas internacionais, notadamente de proteção dos direitos humanos, ensejou um processo de mundialização do Direito e, por consequência, de “desnacionalização do Direito”⁶⁷⁸ alicerçada na inevitável interconexão entre o direito interno e os ordenamentos jurídicos internacionais, que se influenciam mutuamente. A globalização, definida por Anthony Giddens como a “[...] intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa [...]”⁶⁷⁹, não é somente geopolítica, econômica ou informacional, mas é também jurídica, especialmente em matéria de direitos humanos, na medida em que existem textos normativos de matrizes distintas, nacional e internacional, com ambição de regência em um mesmo espaço sócio-político, com objetivos comuns, quais sejam, promover e proteger os direitos humanos.

Há um inevitável entrelaçamento de ordens estatais, internacionais, transnacionais e locais no âmbito do sistema jurídica mundial⁶⁸⁰. Os ordenamentos jurídicos nacionais, diante da pluralidade de ordens jurídicas, deparam-se com questões que ultrapassam sua própria capacidade de resolução⁶⁸¹, que passam a depender, para a sua solução, de uma verdadeira conversação e cooperação entre sistemas jurídicos. As relações e conexões são particularmente intensas entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, ante a existência de ordenamentos jurídicos e tribunais internacionais autônomos, o que impõe aos magistrados locais e internacionais o necessário e imprescindível diálogo jurisdicional⁶⁸².

À luz do pluralismo constitucional, o direito brasileiro não pode ser, em questões envolvendo direitos humanos e direitos fundamentais, e diante da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, compreendido, interpretado e aplicado isoladamente, mas em conjunto com o direito interamericano de direitos humanos, mediante um diálogo profícuo destinado a melhor proteção da dignidade humana, eis que os sistema jurídico

⁶⁷⁷ Os acadêmicos e operadores do novo direito público devem estudá-los como regimes sobrepostos. (BOGDANDY, op. cit., 2014, p. 21. tradução nossa).

⁶⁷⁸ CASSESE, op. cit., 2010, p. 68.

⁶⁷⁹ GIDDENS, op. cit., 1991, p. 76.

⁶⁸⁰ NEVES, op. cit., 2009, p. 34.

⁶⁸¹ CASSESE, op. cit., 2010, p. 15.

⁶⁸² BARRERA, Tania Giovanna Vivas; CÁRDENAS, Jaime Alfonso Cubides. Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. **Entramado**, Cali, vol. 08, n. 2, p. 184-204, jul./dez. 2012.

nacional e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos estão entrelaçados e são interdependentes, que se relacionam, a partir de princípios compartilhados, para a consecução de objetivos comuns, como a proteção eficaz dos direitos humanos. Afinal, como enfatiza Dieter Grimm, “[...] only when national constitutional law and international law are seen together is one able to obtain a complete picture of the legal conditions for political rule in country”⁶⁸³.

As decisões judiciais devem ser fundamentadas em argumentos jurídicos coerentes com os precedentes e compatíveis com os princípios⁶⁸⁴ existentes nos ordenamentos jurídicos doméstico e interamericano, motivo pelo qual os juízes nacionais devem fundamentar suas sentenças em regras e em princípios, de modo a reconhecer ou negar direitos e deveres aos cidadãos⁶⁸⁵, o que envolve considerar os precedentes dos tribunais locais e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A observância do dever de integridade pelo Poder Judiciário nacional supõe que os órgãos jurisdicionais domésticos decidam os casos judiciais levando em consideração o postulado hermenêutico da unidade do sistema jurídico, compreendendo o Direito como um sistema de normas e não um amontoado de normas⁶⁸⁶. O Sistema Interamericano e a ordem jurídica brasileira estão entrelaçados e os tratados interamericanos são internalizados no sistema jurídico nacional como normas constitucionais. Logo, o texto formal da Constituição e dos tratados de direitos humanos não podem ser compreendidos, interpretados e aplicados pontualmente, a partir de um problema isolado⁶⁸⁷.

Os tratados de direitos humanos têm, como já antes dito, natureza jurídica de norma constitucional e integram a constituição material brasileira, razão pela qual se pode afirmar, com esteio nas lições de Gilberto BercoVICI, que “a relação de interdependência existente entre as diversas normas constitucionais determina que o intérprete nunca possa examinar uma norma constitucional de maneira isolada, mas sempre dentro do seu conjunto”⁶⁸⁸, o que significa dizer que a Constituição e o Direito Internacional de Direitos Humanos, aqui incluídos os precedentes da Corte Interamericana, devem ser considerados globalmente pelo

⁶⁸³ Somente quando o direito constitucional nacional e o direito internacional são vistos em conjunto é possível obter uma imagem completa das condições legais para a regra política no país. (GRIMM, op. cit., 2010, p. 16, tradução nossa).

⁶⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 133.

⁶⁸⁵ DWORKIN, op. cit., 2007, p. 292.

⁶⁸⁶ DIDIER JÚNIOR, op. cit., 2018, p. 101-102.

⁶⁸⁷ BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 145, p. 95-99, jan./mar. 2000, p. 96.

⁶⁸⁸ BERCOVICI, op. cit., 2000, p. 97.

intérprete, de modo a promover a máxima efetividade dos direitos humanos e dos fundamentais e a evitar contradições entre as suas normas e, principalmente, restrições ilegítimas ao âmbito de proteção do indivíduo. Em resumo: ignorar as decisões passadas do Tribunal Regional tem o potencial de impedir a plena concretização dos direitos humanos.

A República Federativa do Brasil é parte integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e reconheceu expressamente a competência jurisdicional de caráter contencioso da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, as entidades federativas, os órgãos públicos, os agentes públicos federais, estaduais, distritais e municipais e os particulares não são regidos apenas por regras e princípios existentes no ordenamento jurídico nacional, mas também por normas jurídicas integrantes do Sistema Regional de Direitos Humanos.

Como já se ressaltou alhures, as interações entre o direito nacional e o direito interamericano de direitos humanos são intensas, tornando o diálogo entre magistrados locais e internacionais inevitável⁶⁸⁹, o que pressupõe, portanto, que os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos não sejam ignorados.

A tutela multinível dos direitos humanos e a conformação geométrica do ordenamento jurídico, em teia ou rede, obriga o diálogo judicial entre juízes nacionais e interamericanos, cuja proteção está no primeiro nível confiada aos magistrados nacionais e, em caso de omissão ou ineficiência do Poder Judiciário brasileiro, abrem-se as portas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que atuará subsidiariamente.

O pluralismo constitucional exige que os atores jurisdicionais compartilhem o compromisso de respeitar a identidade de valores, princípios e regras e de realizar os objetivos comuns aos ordenamentos jurídicos entrelaçados, a fim de que possam garantir a coerência entre os sistemas jurídicos. E, “[...] this requires their decisions to be deliberated and justified so as to fit with the previous decisions of the other participants”⁶⁹⁰.

Os juízes nacionais não podem ignorar as decisões passadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de ofensa ao pluralismo constitucional, ao princípio da integridade e à ideia de romance em cadeia, já que, reiterar-se, o ordenamento jurídico nacional necessariamente se entrelaça com o ordenamento interamericano de direitos humanos e, por isso mesmo, devem ser interpretados e aplicados de forma coerente. Os

⁶⁸⁹ BARRERA, Tania Giovanna Vivas; CÁRDENAS, Jaime Alfonso Cubides. Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. **Entramado**, Cali, vol. 08, n. 2, p. 184-204, jul./dez. 2012.

⁶⁹⁰ Isso exige que suas decisões sejam deliberadas e justificadas para se adequarem às decisões anteriores dos outros participantes. (MADURO, op. cit., 2003, p. 527, tradução nossa).

magistrados brasileiros deverão, portanto, em casos envolvendo direitos humanos positivados na Convenção Americana e no Protocolo de San Salvador, compreender o que já foi escrito no passado pelo Tribunal Interamericano e pelos tribunais pátrios para então escrever um novo capítulo coerente com os capítulos anteriores.

O julgamento de casos relacionados a direitos humanos positivados no Pacto de San José da Costa Rica e em seu Protocolo Adicional envolve o trabalho de densificação, mediante interpretação, do significado dos direitos humanos envolvidos no caso concreto, na medida em que o conteúdo de tais direitos não emerge, como o velho positivismo pensava, do texto. A ausência de limites predefinidos para a atividade interpretativa judicial causa insegurança jurídica⁶⁹¹ e coloca em risco a própria efetividade dos direitos humanos positivados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos porque os juízes ficariam de certo modo livres para dá-lhes conteúdo e significado.

Eugênio Facchini Neto e Karine da Silva Cordeiro ensinam que a adoção da doutrina dos precedentes vinculantes, instituto típico dos sistemas da *Common Law*, proporciona a segurança, a previsibilidade, a estabilidade e a igualdade, valores estes também desejados nos sistemas da *Civil Law*⁶⁹². A vinculação dos juízes nacionais aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem papel fundamental em reduzir significativamente a discricionariedade da atividade interpretativa judicial, eis que os órgãos do Poder Judiciário deverão decidir os casos que tenham por objeto a tutela de direitos humanos a partir das diretrizes hermenêuticas mínimas estabelecidas pelo referido Tribunal Internacional⁶⁹³, promovendo-se, assim, a maior e melhor proteção possível.

Poder-se-ia argumentar que os juízes nacionais não estão vinculados aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ante a ausência de previsão expressa no art. 927 do Código de Processo Civil⁶⁹⁴. Porém, o rol do mencionado dispositivo legal é

⁶⁹¹ BARBOZA, op. cit., 2014, p. 233.

⁶⁹² FACCHINI NETO, Eugênio; CORDEIRO, Karine da Silva. O precedente vinculante no sistema norte-americano: quando reproduzir o passado é mais importante do que modificar o presente. In: Narciso L. X. Baez; Pavel Sturma; Vinicius A. Mozetic; Martín Faix. (Org.). **Mecanismos Internacionais e Internos de Efetividade dos Direitos Fundamentais**, Joaçaba: UNOESC, v. 01, p. 527-576, 2014.

⁶⁹³ SAGÜES, op. cit., 2010, p. 126.

⁶⁹⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (BRASIL, 2015).

meramente exemplificativo⁶⁹⁵. O juiz, no exercício da jurisdição, deverá extrair da regra processual retro reportada a potencialidade necessária para dar efetividade a qualquer direito material, notadamente os direitos humanos e os direitos fundamentais e, ainda, a obrigação de suprir lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a qualquer espécie de direito⁶⁹⁶.

A Constituição Federal de 1988 alçou a dignidade da pessoa humana à condição de valor central da ordem jurídica brasileira e, dada a sua forte carga axiológica, deve nortear toda a atividade estatal, inclusive a atividade jurisdicional, devendo o juiz interpretar as normas jurídicas, nacionais e internacionais, e, entre elas, as normas processuais civis, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a dar a máxima proteção ao ser humano⁶⁹⁷.

Além do mais, a Constituição Federal, em seu Título I, disciplina os chamados “princípios fundamentais”, identificando expressamente os fundamentos, os objetivos e os princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil, cuja consecução deve servir de vetor interpretativo de toda a atuação dos órgãos públicos, notadamente os órgãos do Poder Judiciário⁶⁹⁸.

O art. 927 do Código de Processo Civil deverá ser interpretado com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, de modo a contemplar a vinculação às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena da adoção de decisão judicial em desconformidade com o Pacto de San José da Costa Rica, prejudicial aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

Enfim, os juízes nacionais também estão vinculados às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não porque ela seja a intérprete última da Convenção Americana ou do Protocolo de San Salvador, mas porque os sistemas jurídico brasileiro e interamericano de direitos humanos estão interconectados e são interdependentes, cujo diálogo interjudicial é inevitável e obrigatório para manter a coerência entre os sistemas e para melhor proteger a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos.

A adoção de uma doutrina de *stare decisis* em relação aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos indica a admissão de um ponto de partida preferencial, o que não afasta a possibilidade de sua vencibilidade no âmbito da jurisdição doméstica. Como salienta Emerson Gabardo, não se pode ignorar o caráter de derrotabilidade do sistema

⁶⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

⁶⁹⁶ MARINONI, op. cit., 2012, p. 137.

⁶⁹⁷ RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 10, n. 2, p. 225-236, 2013, p. 234.

⁶⁹⁸ BARROSO, op. cit., 2008, p. 140.

jurídico, no sentido de que as normas jurídicas são sempre excepcionáveis⁶⁹⁹, especialmente porque os ordenamentos jurídicos nacional e interamericano são abertos e incompletos, de modo que os juízes nacionais podem, à luz do caso concreto, desconsiderar as decisões passadas do Tribunal Internacional para então ampliar a esfera de proteção jurídica da pessoa humana.

Admitir uma vinculação “cega” à jurisprudência interamericana significaria a existência de hierarquia entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a ordem jurídica brasileira e entre a Corte de San José e o Poder Judiciário nacional porque a decisão internacional sempre prevaleceria sobre a jurisprudência local, o que é incompatível com o pluralismo constitucional que rege as relações entre os sistemas jurídicos, resultando, portanto, numa interação entre jurisdições com caráter de subordinação, em que os juízes domésticos observariam a Corte Interamericana como um norte a ser seguido de forma incontestada⁷⁰⁰.

O que se propõe não é uma doutrina do *stare decisis* absoluta, por entender que os magistrados brasileiros poderão, se houver diferenciação dos fatos ou dos valores sociais e culturais, utilizar a técnica do *distinguishing* para deixar de aplicar o precedente da Corte Interamericana⁷⁰¹. Não se pode perder de vista que a construção do significado do texto da Convenção Americana e das decisões pretéritas da Corte Regional é feita à luz do contexto e das circunstâncias do caso concreto, o que pode demandar solução judicial diversa da adotada no âmbito interamericano⁷⁰².

Além disso, a possibilidade de superação do precedente da Corte Interamericana é particularmente importante quando diz respeito ao diálogo entre a jurisdição nacional e a do Sistema Interamericano de Direitos Humanos porque existem distinções relevantes do ponto de vista político, cultural e social entre os países signatários da Convenção Americana, de modo a não permitir a aplicação do precedente⁷⁰³.

A aplicação acrítica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá acarretar na homogeneização dos ordenamentos jurídicos nacionais submetidos à

⁶⁹⁹ GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017, p. 108.

⁷⁰⁰ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Supremo Tribunal Federal brasileño: ¿El control de convencionalidad actúa juntamente con el control de constitucionalidad?. In: PIZZOLO, Calogero; MEZZETTI, Luca. **Tribunales supranacionales y tribunales nacionales**. Vol. 01, Buenos Aires: Astrea, p. 49-83, 2016, p. 51.

⁷⁰¹ MARINONI, op. cit., 2013, p. 84.

⁷⁰² DULITZKY, op. cit., 2014p. 554.

⁷⁰³ MARINONI, op. cit., 2013, p. 84-85.

jurisdição do dito Tribunal Internacional, caso se descaracterize por completo a essência jurídico-cultural de cada país⁷⁰⁴. É caso, por exemplo, da Bolívia e do Equador que adotam, no marco no novo constitucionalismo latino-americano, em suas constituições a filosofia indígena do Sumak Kawsay ou do Bem Viver, com o reconhecimento da subjetividade jurídica da natureza e das comunidades coletivas indígenas⁷⁰⁵. Por isso, o controle de convencionalidade não pode servir de mecanismo de imposição de uma visão homogênea em matéria de direitos humanos⁷⁰⁶.

A vinculação aos precedentes interamericanos é relativa também porque é permitido aos magistrados brasileiros adotar, com fulcro no princípio *pro homine* previsto no art. 29.b da Convenção Americana, interpretação mais benéfica e protetiva ao ser humano⁷⁰⁷. A esse respeito:

[...] la eficacia interpretativa de la norma convencional, al constituir un estándar mínimo regional de aplicabilidad nacional constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos; de tal manera que pueden las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o jurisdiccionales) de cualquier nivel (municipal, regional, estadual, federal o nacional) de los Estados Parte de la Convención, eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte IDH cuando se realice de manera razonada y fundada una interpretación que permita lograr un mayor grado de efectividad de la norma convencional a través de una interpretación más favorable de la “jurisprudencia interamericana” sobre el derecho humano en cuestión⁷⁰⁸.

Deve-se atentar que os tratados integrantes do Sistema Interamericano e os precedentes da Corte Interamericana são um piso mínimo e não um teto máximo de proteção dos direitos humanos⁷⁰⁹, sendo, sob esse aspecto, complementado pelo direito constitucional brasileiro. Ou seja,

Ambas fuentes de derechos –la nacional y la internacional– deben operar de manera conjunta sobre las bases del principio *pro personae* y el principio de subsidiariedad, de forma tal que ninguna norma contenida en la Convención Americana o cualquier

⁷⁰⁴ ABBOT, op. cit., 2016, p. 118.

⁷⁰⁵ Em razão dos propósitos da presente pesquisa, aqui não se desenvolverá o tema do novo constitucionalismo latino-americano.

⁷⁰⁶ MAC-GREGOR, op. cit., 2016, p. 351.

⁷⁰⁷ BAZÁN, op. cit., 2014, p. 17.

⁷⁰⁸ A eficácia interpretativa da norma convencional, ao constituir padrão regional mínimo de aplicabilidade nacional, constitui uma pauta hermenêutica mínima, fundamental e essencial em matéria de direitos humanos; de tal maneira que as autoridades nacionais (administrativas, legislativas ou judiciais) de qualquer nível (municipal, regional, estadual, federal ou nacional) dos Estados Partes na Convenção, eventualmente afastar-se do critério interpretativo da Corte IDH quando realizada de modo fundamentado e razoável uma interpretação que permita um maior grau de efetividade na norma convencional através de uma interpretação mais favorável do que a “jurisprudência interamericana” sobre o direito humano em questão. (MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 669, tradução nossa).

⁷⁰⁹ ZÚÑIGA, op. cit., 2013, p. 355.

interpretación de la Corte Interamericana puede ser utilizada como base para restringir derechos reconocidos en el ámbito nacional⁷¹⁰.

Os Estados poderão ampliar a esfera de proteção do ser humano através da legislação e da jurisprudência domésticas, na medida em que a atividade jurisdicional do Tribunal Interamericano não tem função de uniformização e sim de harmonização e é, por isso, um parâmetro mínimo e flexível em benefício da dignidade humana⁷¹¹. Com isso, os juízes brasileiros podem promover uma interpretação extensiva ou mesmo inovadora dos precedentes da Corte Interamericana, seja indo além da proteção estabelecida pelo Tribunal Internacional a um determinando direito ou reconhecendo direitos implícitos na Convenção Americana ou ainda não analisados pela Corte⁷¹². O diálogo entre jurisdições deve ser crítico, pois, como bem observa Luiz Guilherme Arcaro Conci e Konstantin Gerber, “[...] caso a proteção a um direito seja mais efetiva em âmbito nacional, esta deve prevalecer, ainda que existam precedentes da Corte IDH ou normas jurídicas derivadas de tratados ou outros instrumentos internacionais”⁷¹³.

O parâmetro de exame de convencionalidade pode ser, então, validamente ampliado na esfera da jurisdição nacional quando se outorgue maior efetividade aos direitos humanos, conforme permissivo previsto no artigo 29.b do Pacto de San José da Costa Rica, que estabelece que nenhum dispositivo da Convenção Americana pode ser interpretado no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de convenções em que seja parte um dos referidos Estados. O diálogo entre os juízes nacionais e a Corte Interamericana não pode ser uma simples mostra de erudição intelectual, mas o resultado de um dever jurídico que obriga os órgãos jurisdicionais a buscar a melhor e maior proteção possível, seja à luz exclusivamente do direito nacional ou do direito interamericano ou como resultado da harmonização entre as ordens jurídicas entrelaçadas⁷¹⁴.

⁷¹⁰ Ambas as fontes de direitos - nacional e internacional - devem operar em conjunto com base no princípio *pro personae* e no princípio da subsidiariedade, de modo que nenhuma norma contida na Convenção Americana ou qualquer interpretação da Corte Interamericana pode ser utilizada como base para restringir direitos reconhecidos no âmbito nacional. (DOMÍNGUEZ, op. cit., 2017, p. 76, tradução nossa).

⁷¹¹ ZÚÑIGA, op. cit., 2013, p. 365.

⁷¹² ABBOT, op. cit., 2016, p. 122.

⁷¹³ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade?. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 233-277, 2016, p. 241.

⁷¹⁴ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Reflexiones sobre el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional Colombiana. In: PIZZOLO, Calogero; MEZZETTI, Luca. **Tribunales supranacionales y tribunales nacionales**. Vol. 01, Buenos Aires: Astrea, p. 01-15, 2016c, p. 04.

A Convenção Americana, o Protocolo de San Salvador e os precedentes da Corte Interamericana cederão se houver texto normativo interno ou interpretação mais benéfica e favorável ao ser humano no âmbito nacional, conforme o disposto no art. 29 da Convenção Americana. Há, nesse caso, uma “margem de interpretação nacional”, de modo que os juízes locais poderão deixar de aplicar o precedente da Corte Interamericana para adotar interpretação nacional que dê maior efetividade aos direitos humanos postos na Convenção Americana⁷¹⁵. A não aplicação dos cânones mínimos de proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos pelo Brasil em substituição por outro ato normativo interno ou internacional mais favorável ao ser humano, representa, na verdade, aplicar a própria Convenção Americana.

A vinculação aos precedentes da Corte Interamericana não viola a independência judicial, que é elemento essencial do Estado de Direito, porque não se trata de uma doutrina de *stare decisis* absoluta, bem como porque as decisões do Tribunal Regional são o ponto de partida da atividade jurisdicional, conforme antes delineado.

O que se propugna é que os juízes e tribunais domésticos devem manter um verdadeiro diálogo e não um monólogo, como pretendeu a Corte Interamericana ao estabelecer que as autoridades estatais devem realizar o controle de convencionalidade levando-se em conta não somente o texto formal do Pacto de San José, mas também a interpretação que faz do referido tratado. Uma verdadeira conversação significa que os magistrados nacionais não podem ignorar as decisões do Tribunal Interamericano, que atua como “[...] amplificadora de las mejores comprensiones sobre derechos fundamentales presentes en la región, siguiendo y no solo liderando procesos de decisión constitucional”⁷¹⁶, havendo um espaço liberdade para que os juízes locais possam ampliar hermeneuticamente a esfera de proteção da pessoa humana para além do *Corpus Iuris* Interamericano ou dar solução distinta em razão das peculiaridades do caso concreto.

Por outro lado, poder-se-ia argumentar que a correta aplicação dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive por via do controle de convencionalidade, depende, sobretudo, do seu pleno conhecimento e compreensão por parte dos órgãos jurisdicionais e essenciais à Justiça domésticos⁷¹⁷. Porém, na atualidade, o acesso a

⁷¹⁵ MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 678.

⁷¹⁶ Ampliando os melhores entendimentos sobre os direitos fundamentais presentes na região, seguindo e não apenas liderando processos de decisão constitucional. (CONTESE, Jorge. **¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2017, tradução nossa).

⁷¹⁷ PALACIOS, David Lobato. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en

tais decisões é facilitado pela sua divulgação no sítio da Corte Interamericana na internet, bem como pela tradução e publicação das sentenças pelo Conselho Nacional de Justiça, permitindo, portanto, o acesso dos magistrados e demais atores do sistema de justiça nacional à jurisprudência daquele Tribunal Internacional em língua portuguesa por meio do sítio do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, os magistrados brasileiros deverão entender e compreender a Constituição Federal, os tratados internacionais, inclusive de direitos humanos, e a legislação infraconstitucional escritas no passado e vigentes no presente, bem como as decisões pretéritas proferidas não somente pelos tribunais nacionais, mas também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para, num processo hermenêutico construtivo, criar um novo capítulo coerente com os princípios comuns que regem os sistemas jurídicos nacional e interamericano e, assim, promover a melhor proteção possível aos direitos humanos.

O controle de convencionalidade mostra-se, portanto, como um importante instrumento de proteção e promoção dos direitos humanos e de pavimentação de um *ius constitutionale commune* latino-americano⁷¹⁸. Porém, a consolidação de um constitucionalismo regional transformador pressupõe ainda o fortalecimento da efetividade do sistema interamericano de direitos humanos, especialmente no que toca ao cumprimento das sentenças da Corte Interamericana, eis que inexitem na esfera regional mecanismos institucionais de supervisão e de execução forçada, razão pela qual o fiel adimplemento das decisões da Corte é uma tarefa dos Estados⁷¹⁹.

Desse modo, propor-se-á, a partir da ideia de Anne-Marie Slaughter e William Burke-White,⁷²⁰ de que o direito doméstico exerce relevante papel em assegurar a efetividade do direito internacional, por intermédio da adoção da responsabilização do agente público brasileiro por improbidade administrativa, como mecanismo nacional de implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

construcción. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 02, p. 1389-1418, 2017, p. 1407.

⁷¹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 61-97, 2016, p. 90.

⁷¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do Sistema Interamericano. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 25-49, 2017, p. 46-47.

⁷²⁰ SLAUGHTER; BURKE-WHITE, op. cit., 2007.

4 O PAPEL DA ORDEM JURÍDICA DOMÉSTICA NA EFETIVIDADE DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Nos capítulos anteriores, analisou-se a relação do direito nacional com o direito interamericano de direitos humanos e o instituto do controle de convencionalidade sob a perspectiva do pluralismo constitucional, que serve de novo paradigma jurídico a fomentar o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a pavimentação de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano. Porém, a construção de um constitucionalismo regional, transformador em direitos humanos, pressupõe o fortalecimento do Sistema Interamericano no que se refere à efetividade e ao cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷²¹.

Ocorre que o grau de efetividade e de cumprimento das decisões do Tribunal Regional é baixo, o que provoca a perda de legitimidade e de credibilidade do ordenamento interamericano diante das vítimas de violações de direitos humanos e das organizações da sociedade civil que as representam⁷²², uma vez que inexistente no âmbito da jurisdição interamericana um procedimento específico ou instrumento de execução forçada da decisão internacional⁷²³.

O maior déficit que, atualmente, apresenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é o descumprimento, por parte das autoridades nacionais, das obrigações impostas pela Corte Interamericana⁷²⁴. Além disso, é o próprio Tribunal Internacional que exerce, diante da carência institucional do Sistema Interamericano, a fiscalização do cumprimento de suas próprias sentenças⁷²⁵.

A eficácia das sentenças internacionais depende, desse modo, primordialmente da sua observância e de seu cumprimento pelos agentes públicos domésticos⁷²⁶. Não é por outro motivo que Flávia Piovesan sustenta que o futuro exitoso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos está condicionado à existência de mecanismos nacionais de implementação das decisões do Tribunal Interamericano⁷²⁷.

É nesse contexto, portanto, que o ordenamento jurídico nacional e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos são, segundo as premissas básicas do pluralismo

⁷²¹ PIOVESAN, op. cit., 2017, p. 45-46.

⁷²² BERNARDES, op. cit., 2011, p. 141.

⁷²³ PIOVESAN, op. cit., 2017, p. 46.

⁷²⁴ GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A.. A implementação das sentenças da Corte na Argentina: uma análise do vaivém jurisprudencial da Corte Suprema da Nação. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 115.

⁷²⁵ PIOVESAN, op. cit., 2017, p. 47.

⁷²⁶ PIOVESAN, op. cit., 2011, p. 176.

⁷²⁷ PIOVESAN, op. cit., 2017, p. 47.

constitucional e do constitucionalismo multinível, ordens jurídicas distintas e formalmente separadas, entrelaçadas e, essencialmente, interdependentes⁷²⁸. Interdependência esta que se apresenta, dentre outras formas, pela necessidade da existência de mecanismos jurídicos internos que possam, de algum modo, promover direta ou indiretamente o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A interpenetração entre as ordens jurídicas brasileira e interamericana irradia efeitos no direito interno, eis que o direito internacional dos direitos humanos rege as relações entre o Estado e seus nacionais, ou estrangeiros sob sua jurisdição, influenciando, desse modo, o direito doméstico, incluindo o direito administrativo⁷²⁹. Logo, os institutos jurídicos existentes no sistema jurídico brasileiro poderão ser manejados para forçar o cumprimento das decisões jurisdicionais internacionais.

Diante desse cenário, deve-se ressaltar que o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Ricardo Marcondes Martins⁷³⁰, sustenta que o Direito Administrativo, inclusive o sancionador, é, à luz do Estado de Direito, um direito defensivo do cidadão porque regula e limita o exercício do poder pelo Estado com o objetivo de salvaguardar o administrado e o arma com instrumentos jurídicos para se defender do uso abusivo do poder estatal⁷³¹. Enfim, “[...] trata-se de um conjunto normativo que tem a magna função de ser a arma e o escudo do cidadão em face do uso desatado do poder”⁷³²⁷³³.

Os textos normativos do direito público brasileiro, que incluem os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa, devem ser interpretados a partir da pré-compreensão de que o direito público é a arma e o escudo do cidadão⁷³⁴, de modo que o direito internacional dos direitos humanos se conjuga com o ordenamento jurídico nacional, fortalecendo o sistema de proteção daqueles direitos⁷³⁵. Assim, a Lei nº 8.429/92 pode ser utilizada para servir ao cidadão e, com isso, evitar o inadimplemento das sentenças da Corte Interamericana de

⁷²⁸ MAYER, Franz C; WENDEL, Mattias. Multilevel constitutionalism and constitutional pluralism. In: AVBELJ, Mate; KOMÁREK, Jan. **Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond**. Portland: Hart Publishing, p. 127-151, 2012, p. 138.

⁷²⁹ RAMINA, Larissa. Direito internacional dos direitos humanos e seus reflexos no direito administrativo: breves apontamentos. In: BACELAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEN, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, p. 327-341, 2011, p. 336.

⁷³⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 650.

⁷³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47.

⁷³² Não se utilizou o *apud* segundo as regras da ABNT porque as duas obras foram efetivamente consultadas pelo autor.

⁷³³ MARTINS, op. cit., 2015, p. 650.

⁷³⁴ Ibidem, p. 651.

⁷³⁵ RAMINA, op. cit., 2011, p. 339.

Direitos Humanos, que revela, em última análise, grave violação do Estado de Direito e da proteção e promoção dos direitos humanos pelos agentes estatais.

Sendo assim, propõe-se que o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser estimulado por meio do uso de instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, como a responsabilização por improbidade administrativa de agentes públicos brasileiros em razão do inadimplemento indevido de obrigações judiciais impostas pelo Tribunal Interamericano⁷³⁶.

4.1 A FORÇA OBRIGATÓRIA DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O Pacto de San José da Costa Rica é, conforme já dito alhures, um tratado internacional de direitos humanos cuja natureza jurídica é de norma materialmente constitucional, dotado, portanto, de força normativa cujos enunciados são vinculativos. Os preceitos normativos da Convenção Americana se revestem da característica do dever-ser, no sentido de que são obrigatórios, pois, conforme muito bem salientado por Carlos Alberto Molinaro, “[...] os sistemas jurídicos incorporam as normas do direito cuja incidência é independente da adesão dos sujeitos, pois é a incondicionalidade de incidência, a sua característica basilar”⁷³⁷.

A República Federativa do Brasil é Estado parte da Convenção Americana e, de acordo com o seu artigo 62, reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 1998. Ademais, o art. 68 do citado Pacto Internacional diz textualmente que as sentenças prolatadas pelo Órgão Jurisdicional Interamericano devem ser espontâneas, imediatas e integralmente cumpridas.

Vale dizer, os Estados signatários da Pacto de San José da Costa Rica são obrigados a cumprir as sentenças da Corte Interamericana, eis que elas têm, por força do art. 68.1 do Pacto de San José, efeito imediato e força vinculante entre as partes da ação de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos, devendo ser cumprida *sponte propria* pelo Estado réu⁷³⁸.

⁷³⁶ Há treze sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em desfavor da República Federativa do Brasil. (Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em: 28 de março de 2019.

⁷³⁷ MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição do retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 39.

⁷³⁸ PIOVESAN, op. cit., 2011, p. 176.

Ao Estado condenado, que figurou no polo passivo da demanda internacional, a sentença do Tribunal Interamericano tem eficácia vinculante, direta, integral e absoluta, alcançando, inclusive, a *ratio decidendi*, devendo os agentes públicos nacionais implementar as obrigações impostas na parte resolutiva da decisão, por força do disposto nos artigos 67 e 68.1 do Pacto de San José da Costa Rica⁷³⁹.

Para cumprir as sentenças proferidas pela Corte, o Brasil deve assegurar a implementação, no âmbito doméstico, das determinações exaradas pela Corte, porque as obrigações convencionais assumidas pelo país vinculam todos os agentes, órgãos e entidades do Estado.

Acrescente-se, ainda, que a obrigação de cumprir as sentenças proferidas pelo mencionado Tribunal Interamericano decorre do princípio de direito internacional público da boa-fé, segundo o qual os Estados devem acatar suas obrigações convencionais internacionais⁷⁴⁰. Além disso, os Estados contraem, no livre e pleno exercício de sua soberania, várias obrigações internacionais, e, uma vez que o tenham feito, não podem, por força do princípio do *pacta sunt servanda* e à luz do art. 27 da Convenção de Viena de 1969, invocar disposições do seu Direito interno, até mesmo do seu Direito Constitucional, como justificativa para o não cumprimento dessas obrigações⁷⁴¹.

O trânsito em julgado da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconhece a responsabilidade internacional de um Estado, produz coisa julgada e tem efeito vinculante absoluto. Os agentes públicos estatais ficam vinculados à decisão internacional em sua integralidade, de modo que deverão fazer prevalecer a Convenção Americana e a sentença do Tribunal Interamericano sobre as normas internas, práticas administrativas e interpretações que dificultem o cumprimento do *decisum*⁷⁴².

As sentenças da Corte Interamericana fazem coisa julgada internacional e, por isso, produzem eficácia direta e vinculante para as partes do processo⁷⁴³. Os órgãos do Poder Judiciário nacional não poderão reformá-las ou anulá-las e, por consequência, negar a existência de violações de direitos humanos reconhecidas pelo Tribunal Internacional, em atenção aos direitos à segurança jurídica e à paz, conferindo certeza do direito às partes e evita que o litígio se prolongue no tempo⁷⁴⁴.

⁷³⁹ MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 676.

⁷⁴⁰ PIOVESAN, op. cit., 2011, p. 176

⁷⁴¹ MAZZUOLI, op. cit., 2011, p. 195.

⁷⁴² MAC-GREGOR, op. cit., 2013b, p. 684.

⁷⁴³ Ibidem, p. 655.

⁷⁴⁴ Ibidem, p. 656.

Há, portanto, um dever jurídico de cumprimento das deliberações jurisdicionais contenciosas da Corte Interamericana que constata violações de direitos humanos e a implementação interna da decisão internacional “[...] é o fecho final do ciclo da responsabilidade internacional do Estado”⁷⁴⁵.

Nos termos do art. 68.1 do Pacto de San José da Costa Rica, “[...] os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Trata-se de uma obrigação jurídica imposta à República Federativa do Brasil, a vincular, desse modo, concomitantemente, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. São inadmissíveis, como bem afirma Flávia Piovesan, a indiferença, a omissão e o silêncio das autoridades nacionais quanto ao cumprimento das decisões internacionais⁷⁴⁶.

O dispositivo convencional antes reportado não é uma mera norma programática, mas garantista, razão pela qual os Estados devem acatar as sentenças proferidas pelos Tribunais Regionais de proteção dos direitos humanos⁷⁴⁷.

A atividade estatal está submetida ao Estado de Direito e, por isso, deve atender à vontade geral popular fixada na lei e, especialmente, nas normas constitucionais⁷⁴⁸, inclusive os tratados internacionais de direitos, que são internalizados no sistema jurídico nacional quando referendados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República. Isso significa dizer que a relação do Estado com o Direito, doméstico e internacional, não é, parafraseando Celso Antônio Bandeira de Mello, apenas uma relação de não contradição, mas também é uma relação de subsunção⁷⁴⁹.

O art. 68.1 da Convenção Americana estabelece, de modo completo, na qualidade de norma jurídica de natureza materialmente constitucional, o único comportamento que as autoridades nacionais devem adotar, qual seja: cumprir integralmente as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não há espaço de liberdade para a atuação discricionária do Estado brasileiro, motivo pelo qual ele não pode decidir, com base em critérios de oportunidade e de conveniência, se cumpre ou não as decisões da Corte Regional.

⁷⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012d, p. 379.

⁷⁴⁶ PIOVESAN, op. cit., 2011, p. 176.

⁷⁴⁷ CARMONA CUENCA, Encarna. **La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España**. P. 02-17, 2016, p. 03. Disponível em: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA\(2016\)007-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)007-spa). Acesso em 11 de novembro de 2017.

⁷⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 12.

⁷⁴⁹ Ibidem, p. 13.

A República Federativa do Brasil tem o dever de, por meio de seus agentes públicos, satisfazer integralmente as obrigações impostas nas sentenças condenatórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois o “[...] dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico”⁷⁵⁰.

A atuação discricionária do Poder Público pode decorrer “[...] do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta”⁷⁵¹. Diante disso, pode-se afirmar que a implementação do *decisum* é vinculada, mas se reconhece que as autoridades públicas locais têm certa margem de liberdade para eleger, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e nos exatos limites da legislação interna, as medidas consideradas idôneas para cumprir as sentenças do Tribunal Internacional.

O adimplemento é obrigatório e vinculado, mas a forma de cumprimento é, a depender do caso, discricionário. A República Federativa do Brasil é livre para escolher os meios internos necessários para realizar o conteúdo condenatório da decisão judicial internacional⁷⁵². Será o próprio Estado brasileiro “[...] que, utilizando sua própria legislação, fará a completa reparação e cumprirá, por seus mecanismos, com [sic] a decisão internacional”⁷⁵³, o que não significa dizer que o Estado possa adotar qualquer medida porque quando o Direito permite uma atuação discricionária ele não aceita outra conduta que não seja aquela capaz de realizar perfeita e otimamente a finalidade normativa⁷⁵⁴, que, no caso, é o cumprimento integral das obrigações impostas pela Corte Interamericana. A esse respeito:

[...] se a norma é uma imposição, o administrador está, então, *nos casos de discricionarietà*, perante o *dever jurídico* de praticar, *não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*⁷⁵⁵.

O cumprimento integral das decisões da Corte Interamericana é obrigatório, mas caberá ao Estado definir, por meio de sua legislação interna, os métodos e as ações imprescindíveis para fazer valer as obrigações impostas pelo Tribunal Internacional⁷⁵⁶, eis que sobre esse aspecto a

⁷⁵⁰ Ibidem, p. 15.

⁷⁵¹ Ibidem, p. 19.

⁷⁵² RAMOS op. cit., 2012d, p. 343.

⁷⁵³ RAMOS, op. cit., 2012d, p. 344.

⁷⁵⁴ MELLO, op. cit., 2000, p. 32.

⁷⁵⁵ Ibidem p. 33.

⁷⁵⁶ FRANCO, Thalita Leme. **Efetividade das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**: identificação dos marcos teóricos e análise da conduta do Estado brasileiro. 149 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 39.

Convenção Americana não estabeleceu as possibilidades de ação ou omissão do Estado, o que não significa dizer, por outro lado, que os meios escolhidos pelo Estado possam afastar, modificar ou anular as conclusões do Tribunal Interamericano, tal como ocorre no Sistema Europeu de Direitos Humanos⁷⁵⁷.

Não há dúvidas, portanto, que a República Federativa do Brasil deverá cumprir voluntária, imediata e integralmente as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *ex vi* do disposto no art. 68.1 do Pacto de San José da Costa Rica. Porém, quem tem atribuição jurídica de satisfazê-las no âmbito interno brasileiro? Para responder esse questionamento, deve-se salientar que o Brasil adotou o modelo federativo de Estado e “[...] la estructura federal repercute interna e internacionalmente a la hora de dar cumplimiento a las obligaciones emergentes de las normas internacionales de derechos humanos”⁷⁵⁸.

O Estado Federal surgiu em 1787 com a Constituição dos Estados Unidos da América, fruto da necessidade dos 13 Estados soberanos de se manterem livres do jugo inglês, razão pela qual decidiram formar uma forte união entre eles, sem prejuízo, no entanto, de grande parte de sua independência⁷⁵⁹. Desse modo, salvaguardaram-se a autonomia dos Estados-Membros e o equilíbrio entre as unidades federadas, mediante a inserção na novel Constituição de duas importantes medidas de contrapesos, quais sejam, a repartição constitucional de competências entre o governo central e os governos locais e a participação dos Estados nas tomadas decisões da União⁷⁶⁰, hoje adotadas pela Constituição do Brasil de 1988.

O federalismo foi a forma de estado adotada pela Constituição Cidadã, que já, em seu primeiro artigo, demonstra claramente a sua opção pelo modelo federativo ao denominar o Estado brasileiro como “República Federativa do Brasil”, e, mais especificamente, o art. 18, *caput*, da Lei Fundamental dispõe que a “[...] organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ LOPES, José Eduardo Gonçalves. **A execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: o caso português**. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 185.

⁷⁵⁸ A estrutura federal repercute interna e internacionalmente quando se trata de cumprir as obrigações emergentes das normas internacionais de direitos humanos. (DULITZKY, Ariel. **Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para (des) armar**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 497, tradução nossa).

⁷⁵⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza jurídica do estado federal**. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 1948, p. 13.

⁷⁶⁰ MELLO, op. cit., 1948, p. 14.

⁷⁶¹ BRASIL, 1988. Constituição, op. cit., 1988.

A organização e a estruturação do Estado federal são tarefas essencialmente constitucionais⁷⁶², cuja construção normativa pressupõe a adoção de determinados princípios, técnicas e instrumentos operacionais, dentre os quais se destaca a repartição constitucional de competências administrativas, legislativas e jurisdicionais entre as entidades conformadoras da federação brasileira⁷⁶³, a saber: a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e, de modo peculiar, os Municípios.

A concepção de Estado Federal é eminentemente normativa porque deve ser analisada baseado na configuração específica estabelecida pelo próprio Estado em sua Constituição⁷⁶⁴, que “[...] representa, no Estado Federal, o pacto ou a aliança firmada pelas entidades que o integram, sendo a base jurídica comum de todas as entidades federadas”⁷⁶⁵. Porém, há elementos comuns característicos para que um Estado possa ser designado federação, dentre eles, ressalta-se a autonomia das coletividades integrantes do pacto federativo⁷⁶⁶.

A autonomia é conceituada, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “[...] como a faculdade que tem uma comunidade jurídica de regular os seus próprios negócios, mediante normas jurídicas por ela própria editadas”⁷⁶⁷, remetendo-se à ideia de autogoverno⁷⁶⁸, embora, registre-se, a autonomia, por si só, não é suficiente para caracterizar um Estado como federal, eis que há Estados unitários que concedem certa autonomia aos governos locais, fazendo-se mister, por isso, também a participação dos Estados-Membros na formação da vontade nacional⁷⁶⁹, que, no caso brasileiro, se dá por meio do Senado.

As entidades integrantes do Estado Federal são autônomas e, por isso, gozam de certas prerrogativas negadas às coletividades inferiores dos Estados Unitários, mas tanto os Estados federativos como os unitários possuem descentralização política, sendo que a distinção entre eles é a extensão dos poderes das comunidades locais⁷⁷⁰.

A autonomia das unidades federativas pressupõe a descentralização política⁷⁷¹. A República Federativa do Brasil é um Estado descentralizado, cujas entidades federativas

⁷⁶² SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.663-666.

⁷⁶³ HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 22, n. 87, p. 5-22, jul./set. 1985, p. 07.

⁷⁶⁴ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 818.

⁷⁶⁵ BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos estados-membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 44-45.

⁷⁶⁶ SILVA, op. cit., 2014, p. 665.

⁷⁶⁷ MELLO, op. cit., 1948, p. 46.

⁷⁶⁸ Ibidem, p. 95.

⁷⁶⁹ Ibidem, p. 46-47.

⁷⁷⁰ Ibidem, p. 71-72.

⁷⁷¹ Ibidem, p. 96.

gozam de competências administrativas, legislativas e, com exceção dos Municípios, jurisdicionais fixadas na Constituição. Como diz André Luiz Borges Netto,

As competências administrativas e legislativas que possuem as entidades federadas é um sinal revelador da autonomia que ostentam no regime federativo, que se traduz, ainda, na capacidade de autogoverno (escolha de seus governantes e dos membros do Poder Legislativo local) e de auto-administração (administração própria dos negócios internos), que se dá principalmente através da edição de Constituições próprias, locais ou estaduais⁷⁷².

A descentralização política não se resume à capacidade de emissão de normas jurídicas (competência legislativa), mas também envolve as competências materiais e as jurisdicionais⁷⁷³. A distribuição constitucional de competências é, destarte, elemento essencial da forma federativa de estado⁷⁷⁴ porque determina a amplitude da descentralização política empreendida pela Constituição, ao indicar quais matérias são reservadas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, atendendo, desse modo, ao princípio corporativo territorial, já que alguns assuntos incidirão em todo território nacional, enquanto que outros ficarão restritos aos ordenamentos parciais dos demais entes políticos⁷⁷⁵.

A Constituição Federal de 1988 delimitou o âmbito de atuação das entidades, dos órgãos e dos agentes estatais das diversas unidades federativas. Por isso, há, no caso da federação brasileira, uma verdadeira superposição de três ordens jurídicas parciais, a federal, a estadual e a municipal, cujas esferas de atuação são determinadas pela repartição de competências formulada pela Lei Fundamental, incidentes sobre um mesmo território estatal, que, articuladas e conjugadas, constituem a ordem jurídica total e o próprio Estado Federal⁷⁷⁶.

A construção do Estado Federal ocorre por meio da distribuição de competências entre as diversas entidades que o compõem, razão pela qual Gabriel Ivo ensina que “[...] a divisão de competências exprime a coluna de sustentação de toda complexa engrenagem que constitui um Estado organizado sob a forma federal, pois lhe traça a fisionomia determinando os graus de centralização e descentralização”⁷⁷⁷.

⁷⁷² BORGES NETTO, op. cit., 1999, p. 48.

⁷⁷³ FERRARI, Sérgio. **Constituição estadual e federação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.45.

⁷⁷⁴ Raul Machado Horta chega a afirmar que a “[...] importância da repartição constitucional de competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado federal (HORTA, op. cit., 1985, p. 12). André Luiz Borges Netto sustenta que “[...] o cerne, o núcleo, a própria razão de ser do Estado Federal reside na característica da descentralização política”. (BORGES NETTO 1999, op. cit. p. 46).

⁷⁷⁵ HORTA, op. cit., 1985, p. 08.

⁷⁷⁶ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 820.

⁷⁷⁷ IVO, Gabriel. **Constituição estadual**: competência para a elaboração da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 87-88.

A doutrina aponta a existência de dois modelos de repartição constitucional de competências: a) o modelo clássico, oriundo da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, segundo o qual se confere à União poderes enumerados, encerrando-os com uma cláusula geral de outorga de poderes implícitos para garantir-lhes o exercício, e poderes remanescentes aos Estados-Membros⁷⁷⁸, embora exista também, de modo menos usual, um modelo inverso, cujas competências expressas são das entidades locais e as competências residuais são da União⁷⁷⁹; e b) o modelo moderno, concebido após a Primeira Guerra Mundial, conhecido como federalismo cooperativo⁷⁸⁰.

Tradicionalmente, competem à União os assuntos de interesse nacional, os quais requerem disciplina uniforme em todo o Estado federal, ao passo que as questões regionais, que necessitam de regulamentação diferenciada e adequadas as peculiaridades locais, devem ficar sob a competências das entidades federativas parcelares⁷⁸¹. Por outro lado, há questões que interessam diretamente tanto à localidade quanto à nação, que ficam, nesses casos, entregues à ação comum da União e dos Estados-membros⁷⁸².

A Constituição Federal de 1988, diferentemente das constituições brasileiras de 1891 a 1969, designou o Município como ente federativo e, portanto, dotado de autonomia e destinatário de competências legislativas e administrativas atribuídas diretamente pela Carta Política⁷⁸³.

A descentralização política engendrada pela Constituição Federal de 1988 não foi aleatória. A Carta Política de 1988 adotou o chamado federalismo cooperativo, também denominado de modelo moderno, que “[...] compreende dois segmentos fundamentais: o da legislação exclusiva da Federação e o da legislação concorrente ou comum, uma competência mista, a ser explorada pela Federação e pelos Estados, conforme as regras estabelecidas na Lei Fundamental”⁷⁸⁴.

De fato. A Constituição dispôs, expressamente, as competências da União e dos Municípios e reservou aos Estados-Membros os poderes não enumerados, vale dizer, o residual ou remanescente⁷⁸⁵, ao dispor, em seu art. 25, § 1º, que “[...] são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

⁷⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988, p. 128.

⁷⁷⁹ IVO, op. cit., 1997, p. 88.

⁷⁸⁰ HORTA, op. cit., 1985, p. 09.

⁷⁸¹ MELLO, op. cit., 1948, p. 76.

⁷⁸² Ibidem, p. 77.

⁷⁸³ FERRARI, op. cit., 2003, p.83.

⁷⁸⁴ HORTA, op. cit., 1985, p. 13.

⁷⁸⁵ BORGES NETTO, op. cit., 1999, p. 110.

Além disso, dada à complexidade das questões sociais, políticas, econômicas, ambientais e tecnológicas nos dias atuais, em que “[...] para a solução dos grandes problemas deste mundo o Estado nacional é demasiado pequeno, mas demasiado grande para a solução dos pequenos problemas [...]”⁷⁸⁶, a Carta Constitucional discriminou as competências comum e concorrente, a serem exploradas, simultaneamente, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, conforme se depreende, por exemplo, do disposto nos artigos 23 e 24 da *Lex Maxima*. Enfim, a Constituição da República de 1988 adotou o federalismo cooperativo, com previsão expressa de colaboração e cooperação entre as entidades federativas, tanto em matéria normativa como em questões administrativas⁷⁸⁷.

Os assuntos externos são reservados tradicionalmente aos órgãos centrais da Federação⁷⁸⁸, razão pela qual compete à União, na qualidade de representante da República Federativa do Brasil, manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais e declarar a guerra e celebrar a paz, conforme estabelecido no art. 21, incisos I e II, da Carta Constitucional.

A União não se confunde, registre-se, com a República Federativa do Brasil, cuja organização político-administrativa compreende a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos da Constituição de 1988, conforme cristalinamente disciplinado no art. 18, *caput*, da Carta Constitucional. Ela é apenas mais uma entidade integrante da federação brasileira e compartilha, com os demais entes políticos, a soberania do Estado nacional⁷⁸⁹.

Porém, a União possui, conforme leciona Regina Maria Macedo Nery Ferrari, dupla caracterização, uma vez que, apesar de ostentar a natureza de pessoa jurídica de direito público interno, representa, na esfera internacional, o Estado brasileiro como um todo, respondendo pela totalidade das prerrogativas decorrentes da soberania, competindo-lhe, portanto, representar e atuar em nome da República Federativa do Brasil, no âmbito externo⁷⁹⁰, o que não significa dizer que somente a União está juridicamente vinculada aos tratados internacionais de direitos humanos.

Os tratados internacionais de direitos humanos vinculam o Estado federal brasileiro em sua totalidade. Por isso, não somente a União, mas também os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios estão obrigados a respeitar, proteger e promover os direitos

⁷⁸⁶ ZIPPELIUS, op. cit., 2016, p. 572.

⁷⁸⁷ BORGES NETTO, op. cit., 1999, p. 89.

⁷⁸⁸ ZIPPELIUS, op. cit., 2016, p. 580.

⁷⁸⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Curso de direito constitucional**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 208.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, p. 208.

humanos consagrados nos instrumentos internacionais de *hard law*. Por isso, a República Federativa do Brasil, na qualidade de Estado Federal, responde perante os organismos internacionais, dentre os quais a Organização dos Estados Americanos (OEA), por todos os atos praticados pelas unidades federativas que infrinjam o direito internacional ou as obrigações provenientes dos tratados, ainda que os tenham realizado no exercício e nos limites de suas competências constitucionais⁷⁹¹.

Os tratados internacionais de direitos humanos, na qualidade de normas materialmente constitucionais, impulsionaram o surgimento de um novo modelo de federalismo no Brasil, notadamente a Convenção Americana, que traz, em seu art. 28, a cláusula federal, segundo o qual:

Artigo 28. Cláusula federal

1. Quando se tratar de um Estado Parte constituído como Estado federal, o governo nacional do aludido Estado Parte cumprirá todas as disposições da presente Convenção, relacionadas com as matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial.
2. No tocante às disposições relativas às matérias que correspondem à competência das entidades componentes da federação, o governo nacional deve tomar imediatamente as medidas pertinente, em conformidade com sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes das referidas entidades possam adotar as disposições cabíveis para o cumprimento desta Convenção.
3. Quando dois ou mais Estados Partes decidirem constituir entre eles uma federação ou outro tipo de associação, diligenciarão no sentido de que o pacto comunitário respectivo contenha as disposições necessárias para que continuem sendo efetivas no novo Estado assim organizado as normas da presente Convenção.

A forma federativa de Estado influencia o cumprimento, nas esferas interna e externa, das obrigações decorrentes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷⁹², inclusive as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, eis que o Pacto de San José da Costa Rica impõe obrigações e responsabilidades à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios brasileiros, que deverão, de acordo com suas competências constitucionais, respeitar, proteger e promover os direitos humanos positivados nos instrumentos normativos interamericanos.

É importante frisar que a República Federativa do Brasil, representada pela União, não poderá alegar seu direito interno, principalmente a repartição constitucional de competências e, portanto, a estrutura federal do Estado, para descumprir as sentenças da Corte Interamericana de

⁷⁹¹ MELLO, op. cit., 1948, p. 84-85.

⁷⁹² DULITZKY, op. cit., 2017, p. 497.

Direitos Humanos⁷⁹³. Não é por outro motivo que o governo central deverá adotar, de acordo com a legislação em vigor, todas as medidas jurídicas, políticas, administrativas e culturais necessárias para, em caso de omissão das unidades federativas locais, assegurar o adimplemento dos deveres internacionais⁷⁹⁴.

A esse respeito, Ariel Dulitzky ensina que os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, conscientes da forma federativa do Estado,

[...] no pretende que el gobierno central por sí mismo cumpla las recomendaciones emitidas, para lo cual carecería de competencia. Lo que la Comisión requiere es que el gobierno central logre, a través de los medios apropiados, que las autoridades locales cumplan con las recomendaciones efectuadas, pero si no lo logra, la responsabilidad internacional continúa en cabeza del Estado federal⁷⁹⁵.

Os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios não possuem personalidade jurídica de direito público externo e, por isso, não são partes da Convenção Americana, mas isso não quer dizer que tais entidades federativas possam desatender as obrigações oriundas do Pacto de San José da Costa Rica ou se eximir de cumprir as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive sob o argumento de que a responsabilidade internacional é da União⁷⁹⁶. Enfim a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são obrigados, de acordo com suas competências constitucionais e legais, a cumprir os julgados interamericanos.

Em caso de inobservância das sentenças interamericanas, não há, até o presente momento, um procedimento específico de execução forçada do *decisum* no âmbito da jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁷⁹⁷, não dispondo, portanto, a Corte Interamericana de meios coercitivos para obrigar o Estado condenado a cumprir integralmente suas decisões⁷⁹⁸.

O que existe é um mecanismo de supervisão de cumprimento dos julgados da Corte Internacional instituído pelo art. 65 da Convenção Americana e disciplinado pelo art. 69 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A supervisão das sentenças interamericanas tem natureza jurídico-política porque é processada inicialmente pelo próprio

⁷⁹³ Ibidem, p. 444.

⁷⁹⁴ Ibidem, p. 511.

⁷⁹⁵ [...] não pretende que o governo central, por si só, cumpra as recomendações emitidas, para as quais não teria competência. O que a Comissão exige é que o governo central consiga, através dos meios adequados, que as autoridades locais cumpram as recomendações feitas, mas, se não o fizer, a responsabilidade internacional permanece à frente do Estado federal. (DULITZKY, op. cit., 2017, p. 511, tradução nossa).

⁷⁹⁶ DULITZKY, op. cit., 2017, p. 521-522.

⁷⁹⁷ RAMOS, op. cit., 2012d, p. 344.

⁷⁹⁸ FRANCO, op. cit., 2014, p. 46.

Tribunal Interamericano e, posteriormente, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

O procedimento de supervisão é realizado mediante a apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas ou de seus representantes, devendo a Comissão Interamericana se manifestar sobre o relatório do Estado e os comentários dos ofendidos. Em seguida, a Corte poderá requerer informações relevantes sobre o caso as quais permitem apreciar o cumprimento, determinar a realização perícias e relatórios que considere oportunos e, convocar o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o cumprimento de suas decisões e, nesta, ouvirá a Comissão Interamericana. Ao final, o Tribunal determinará o estado do cumprimento do decidido e emitirá as resoluções que estime pertinentes⁷⁹⁹.

O art. 65 do Pacto de San José da Costa Rica aduz, por sua vez, que a Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior, indicando os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças, para fins de nova responsabilização internacional do Brasil com a aplicação de censura moral e política⁸⁰⁰. O procedimento de supervisão de cumprimento das sentenças da Corte Interamericana é, portanto, uma garantia coletiva que reflete, ou deveria refletir, o compromisso dos Estados Americanos a proteger e a promover os direitos humanos⁸⁰¹.

O objetivo principal do procedimento de supervisão é exercer pressão política sobre o Estado condenado e inadimplente⁸⁰². Ocorre que, a repreensão política e moral imposta pela Organização dos Estados Americanos ao Estado inadimplente é insuficiente para assegurar a plena efetividade das sentenças da Corte Interamericana e, por consequência, do próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁸⁰³.

Saliente-se que, inclusive os relatórios do Tribunal Interamericano submetidos à Assembleia Geral da OEA são muito pouco refletidos e analisados, uma vez que “[...] as discussões limitam-se a expressar algumas preocupações dos órgãos de proteção e às

⁷⁹⁹ Art. 69 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁸⁰⁰ RAMOS, op. cit. 2012d, p. 238.

⁸⁰¹ KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana (Coord.). **Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Rio de Janeiro: CEJIL, p. 15-103, 2009, p. 33.

⁸⁰² LEITE, Rodrigo de Almeida. A atuação do Conselho Permanente e da Assembleia Geral da OEA na supervisão do cumprimento de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: comparatismos e considerações para um mecanismo mais eficiente. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 01, n. 14, p. 119-134, 2011, p. 123.

⁸⁰³ RAMOS, op. cit., 2012d, p. 238.

observações sucintas feitas pelos Estados, em tempo claramente insuficiente para o tratamento de temas de tamanha envergadura [...]”⁸⁰⁴, de modo que “[...] situações críticas de descumprimento foram, por vezes, tratadas com atitude indiferente ou tímida pela maior parte dos Estados da região”⁸⁰⁵.

O inadimplemento das sentenças internacionais e a ausência de sanções pelo descumprimento das obrigações jurisdicionalmente impostas tornam as decisões proferidas pelas Corte Internacionais, dentre as quais a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em falsas decisões⁸⁰⁶.

Nesse aspecto, o Sistema Europeu de Direitos Humanos tem maior efetividade porque o Comitê de Ministros dispõe de mecanismos de pressão mais eficientes do que os órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA), posto que, quando constatado o inadimplemento de decisões da Corte de Estrasburgo, podem-se adotar medidas fortes e enérgicas, tais como a suspensão e a exclusão do Estado inadimplente do Conselho da Europa⁸⁰⁷.

Percebe-se, portanto, que a efetividade do Sistema Interamericano por meio do cumprimento concreto dos julgados do aludido Órgão Jurisdicional Internacional depende do sistema jurídico nacional⁸⁰⁸, eis que a interdependência entre as ordens jurídicas, própria do pluralismo constitucional, autoriza o manejo de meios coercitivos existentes no ordenamento jurídico doméstico para a satisfação dos julgados interamericanos.

O descumprimento de julgado interamericano ensejará a adoção de medidas jurídicas cabíveis e previstas no ordenamento jurídico nacional para a sua observância interna, dentre as quais se destacam, a execução judicial das sentenças da Corte Interamericana no âmbito da jurisdição interna brasileira⁸⁰⁹, a federalização da competência para o julgamento de violações dos direitos humanos⁸¹⁰ e, como se sustentará na presente tese, a responsabilização dos agentes públicos federais, estaduais e municipais omissos por ato de improbidade administrativa,

⁸⁰⁴ KRSTICEVIC, op. cit., 2009, p. 33.

⁸⁰⁵ KRSTICEVIC, op. cit., 2009, p. 35.

⁸⁰⁶ KLAMERT, op. cit. 2014, p. 227.

⁸⁰⁷ LOPES, op. cit., 2009, p. 207-208.

⁸⁰⁸ RAMOS, op. cit., 2012d, p. 344.

⁸⁰⁹ Já tivemos a oportunidade de defender a possibilidade de a parte econômica e a parte extra pecuniária das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos serem executadas no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, uma vez que tais decisões são títulos executivos judiciais de acordo com o Código de Processo Civil brasileiro. (RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, 2013 p. 225-236).

⁸¹⁰ Sobre o tema, ver: SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER. A reforma (deforma?) do Judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais?. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, n. 12, ano 4, jan./mar. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=34588>. Acesso em 26 de dezembro de 2017.

especialmente porque o inadimplemento das obrigações convencionais por parte das autoridades locais acarretará nova responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil.

4.2 A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS INTERNOS PELO DESCUMPRIMENTO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

4.2.1 Notas Introdutórias

O termo “responsabilidade” tem origem no vocábulo latino “*respondere*”, que significava que uma pessoa era garantidora de uma coisa ou de outrem, e se referia à ideia de a pessoa ser responsável por algo ou responsabilizável⁸¹¹. Desde os primórdios da civilização, é inerente ao ser humano o anseio de ver reparado os danos causados por terceiros ao seu patrimônio, o que ensejou a consagração da responsabilidade civil em diversos documentos legislativos da antiguidade, tais como a Lei de Talião, o Código de Hamurabi e o Código da Inquisição⁸¹², abrangendo, diga-se, a responsabilidade do Estado.

A noção de responsabilidade civil do Estado está diretamente relacionada com a ideia de Estado de Direito⁸¹³, sendo um corolário lógico da submissão do Estado ao Direito⁸¹⁴. Ora, “o Estado de Direito incorpora a necessidade de responsabilizar-se o mesmo, enquanto Administração Pública, pelos danos decorrentes de sua atividade”⁸¹⁵.

Porém, a responsabilidade civil não se aplicava, notadamente no período absolutista, ao Estado, vigorando-se a máxima do “*the king can do not wrong*”⁸¹⁶, fundada na legitimidade divina dos reis⁸¹⁷ e na premissa da infalibilidade do poder estatal absoluto e soberano⁸¹⁸, o que permitiu, como bem ressalta Regina Linden Ruaro, que o Poder Público

⁸¹¹ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. Art. 37, § 6º. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 983.

⁸¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 2, n. 9, p. 13-59, 2002, p. 21.

⁸¹³ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 16.

⁸¹⁴ MELLO, op. cit., 2009, p. 989.

⁸¹⁵ RUARO, Regina Linden. Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais. **Revista Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 1, p. 231-245 out./dez. 2007, p. 232.

⁸¹⁶ “O Rei não pode errar”.

⁸¹⁷ GOMES, op. cit., 2018, p. 983.

⁸¹⁸ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 22.

permanecesse à margem da responsabilidade pelos atos praticados por agentes públicos contra os seus súditos⁸¹⁹. A esse respeito, vale ressaltar que

A prevalência da ideia do Estado irresponsável, alicerçada no princípio da soberania, não admitia que ele pudesse fazer mal a quem quer que fosse. Na concepção política do Estado absolutista, não era lícito conceber a reparação dos danos causados pelo poder público, já que não se admitia a constituição de direitos contra o Estado Soberano, que tinha a seu favor a prerrogativa da total imunidade. Surgia sobranceiro o Estado Regalista que, pelos atos, ao Rei, delegatário dos desígnios de Deus, era impossível agir erradamente⁸²⁰.

No que toca ao direito brasileiro, parte da doutrina entende que, no Brasil, o princípio da irresponsabilidade do Estado não vigorou em sua inteireza, uma vez que, à luz da Constituição Imperial de 1824, a isenção de responsabilidade somente alcançava a pessoa do governante e não de todos os agentes estatais⁸²¹. Com efeito, no que pese o art. 99 da Constituição Imperial de 1824 ter consagrado literalmente que a “Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”, o seu art. 179, inciso XXIX dispôs que “os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos”, abraçando, ainda que timidamente, a teoria da responsabilidade civil do Estado. É tradição, portanto, do direito constitucional brasileiro a consagração da responsabilidade civil estatal.

A teoria da ausência da responsabilidade estatal não foi contestada, ao menos de forma veemente, durante o período do constitucionalismo liberal porque a intervenção do Estado na sociedade era praticamente inexistente, conforme já ressaltado alhures, de modo que a probabilidade de intromissão ilícita do Estado Liberal nos direitos e interesses privados era bastante pequena⁸²².

Contudo, com a emergência do Estado Social e, especialmente nos dias atuais, há uma maior intervenção do Estado na economia e no seio social e, por via de consequência, na vida do cidadão, com o objetivo de, em linhas gerais, gerenciar a coisa pública e concretizar os direitos fundamentais e os direitos humanos dos indivíduos. Com isso, a interferência estatal injusta ou antijurídica nos direitos e interesses dos administrados passou ser mais comum,

⁸¹⁹ RUARO, op. cit., 2007, p. 232.

⁸²⁰ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 22.

⁸²¹ GOMES, op. cit., 2018, p. 983. O professor Romeu Felipe Bacellar Filho sustenta que a Constituição de 1824 adotou sim a teoria da irresponsabilidade do Estado, estabelecendo apenas e tão somente a responsabilidade dos agentes públicos pelos ilícitos praticados no exercício de suas funções. (BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 24).

⁸²² GOMES, op. cit., 2018, p. 984.

fazendo surgir as primeiras teorias da responsabilidade do Estado, ainda que com base no direito civil⁸²³. São as chamadas teorias civilistas.

Gustavo Justino de Oliveira ensina que,

Uma primeira evolução no sentido de se admitir a responsabilidade do Estado, originou-se da distinção entre atos de império (em que o Estado age no uso de suas prerrogativas vinculadas à autoridade) e atos de gestão (em que o Estado equiparar-se-ia, a princípio, à posição assumida pelos particulares). No primeiro caso, não haveria responsabilização pela ocorrência de danos; no segundo, sim, desde que fosse comprovada a culpa do agente⁸²⁴.

A responsabilidade do Estado era, nesse primeiro momento, determinada pela distinção entre atos de império, que seriam aqueles emanados no exercício do poder supremo e soberano do Estado, e atos de gestão, que seriam aqueles exercidos pelo ente estatal em situação de igualdade ao particular e na gestão de seus serviços, bem como na existência de culpa na conduta do agente público⁸²⁵.

Os atos praticados pelo Estado no exercício de sua soberania, na qualidade de poder supremo, seriam insuscetíveis de gerar direito à reparação, ainda que danosos para os administrados, mas, em relação aos atos de gestão, o poder público se equiparava ao particular, motivo pelo qual podia ter sua responsabilidade civil reconhecida, em razão da conduta de seus agentes, desde que lesiva a direito de terceiros e houvesse culpa do servidor⁸²⁶.

A teoria da responsabilidade era aplicada ao Estado segundo as regras do direito privado, de modo que nos casos de danos decorrentes de atos de gestão, a responsabilização do Estado dependia de prova da culpa do agente público⁸²⁷, ou seja, para deduzir a responsabilidade do ente estatal, fazia-se mister a remissão ao princípio da responsabilidade por fato de terceiro, o servidor⁸²⁸.

Posteriormente, abandonou-se a distinção entre atos de império e atos de gestão para fins de responsabilidade do Estado, adotando-se a teoria da culpa civil, também conhecida

⁸²³ GOMES, op. cit., 2018, p. 984. No mesmo sentido, ver: BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 15.

⁸²⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Responsabilidade civil do Estado**: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública, p. 4. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4260766/mod_resource/content/0/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20ESTADO.%20Reflex%C3%B5es%20a%20partir%20do%20direito%20fundamental%20C3%A0%20boa%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica.%20OLIVEIRA%2C%20Gustavo%20Justino..pdf. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

⁸²⁵ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 36-37.

⁸²⁶ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 20.

⁸²⁷ GOMES, op. cit., 2018, p. 984.

⁸²⁸ CAHALI, op. cit., 2014, p. 20.

como responsabilidade subjetiva, baseada na comprovação da culpa, genericamente para o Estado, tendo sido recepcionada no Brasil por meio do art. 15 do Código Civil de 1916⁸²⁹, que responsabilizava as pessoas jurídicas de direito público pelos danos causados por atos de seus representantes, condicionando a reparação do prejuízo à prova do elemento subjetivo do servidor⁸³⁰.

O fundamento para indenizar o particular era a culpa ou o dolo do agente público causador do prejuízo, de modo que o elemento subjetivo era uma verdadeira condição *sine qua non* para a responsabilização patrimonial do Estado, aplicando-se ao direito público, como se vê, conceitos de dolo e culpa próprios do direito civil⁸³¹, sem a necessidade, destarte, de distinguir atos de império e atos de gestão.

Ocorre que, a dificuldade de se comprovar, no caso concreto, o dolo ou a culpa do agente público, fez com que as teorias civilistas dessem lugar às teorias publicistas⁸³². E primeira teoria publicista foi a:

[...] teoria da culpa administrativa, culpa do serviço ou culpa anônima, em que o ofendido deveria comprovar, para fins de responsabilização estatal, que o dano por ele suportado decorreu de um serviço público que (i) não funcionou, (ii) funcionou mal ou (iii) funcionou tardiamente⁸³³.

De fundamental importância para o desenvolvimento da teoria publicista da responsabilidade civil do Estado foi o julgado do Conselho de Estado da França no Caso Blanco de 1873, quando a concepção de culpa pessoal do agente foi substituída pelo conceito de culpa do serviço⁸³⁴. Nessa ação histórica,

[...] a menina Agnès Blanco foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Tabaco, de exploração do Estado, em 1873, em

⁸²⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública**, p. 4. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4260766/mod_resource/content/0/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20ESTADO.%20Reflex%C3%B5es%20a%20partir%20do%20direito%20fundamental%20C3%A0%20boa%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica.%20OLIVEIRA%2C%20Gustavo%20Justino..pdf. Acesso em 15 de janeiro de 2019. No mesmo sentido é a lição de Ana Cláudia Nascimento Gomes (GOMES, op. cit., 2018, p. 984).

⁸³⁰ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 24.

⁸³¹ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 35.

⁸³² GOMES, op. cit., 2018, p. 984.

⁸³³ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública**, p. 4. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4260766/mod_resource/content/0/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20ESTADO.%20Reflex%C3%B5es%20a%20partir%20do%20direito%20fundamental%20C3%A0%20boa%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica.%20OLIVEIRA%2C%20Gustavo%20Justino..pdf. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

⁸³⁴ GOMES, op. cit., 2018, p. 984.

Bordeaux, na França. O pai da menina acionou a justiça, com um pedido de indenização, alegando a responsabilidade civil do Estado por prejuízos causados a terceiros, em face das atividades de seus agentes. O pedido chegou ao Conselho de Estado Francês, que decidiu pela responsabilização do Estado pela reparação dos danos causados à menina atropelada⁸³⁵.

Sobre o mencionado julgado, Daniel Wunder Hachen indica que:

As principais contribuições aportadas pelo famoso *arrêt Blanco* foram: (i) a declaração de inaplicabilidade do Código Civil as situações de responsabilidade estatal; (ii) a afirmação da especificidade da matéria no âmbito administrativo e da adaptabilidade do regime jurídico da responsabilidade em razão do objetivo do serviço público; (iii) a atribuição de competência a jurisdição administrativa para apreciar tais casos⁸³⁶.

O referido aresto é o marco inicial da responsabilidade civil do Estado enquanto princípio de direito público, aplicável independentemente da inexistência de lei específica sobre o tema⁸³⁷, de modo que a responsabilidade do Estado passa a ser regida por regras próprias do Direito Administrativo⁸³⁸. Abraçou-se, nessa primeira fase, como dito acima, a responsabilidade subjetiva do Estado, baseada, portanto, no dolo ou na culpa do ente estatal e não a individual do agente público⁸³⁹. A responsabilidade civil do Estado era fundada “na ausência da figura do causador direto do dano (agente público) e na aceitação do fato de o serviço estatal funcionar mal, não funcionar ou funcionar atrasado, ensejando com isso certa reparação”⁸⁴⁰. É a teoria denominada pela doutrina francesa de *faute du service*, onde se tem resquícios da noção de culpa, não do agente, mas do ente estatal na prestação do serviço público⁸⁴¹. Enfim, como diz Yussef Said Cahali, despersonaliza-se a culpa, “transformando-a, pelo anonimato do agente, à consideração de falha da máquina administrativa”⁸⁴².

Do mesmo modo como ocorreu com a teoria civilista da culpa, havia a difícil tarefa do particular demonstrar o dolo ou a culpa do Estado na execução do serviço, o que ensejou a superação da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado pela a do risco integral ou do

⁸³⁵

Disponível

em:

https://www.conjur.com.br/2007-mar-09/supremo_discute_alcances_responsabilidade_objetiva. Acesso em 19 de janeiro de 2019.

⁸³⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da *faute du service*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública**: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1131-1155, p. 1134.

⁸³⁷ MELLO, op. cit., 2009, p. 992.

⁸³⁸ HACHEM, op. cit., 2013, p. 1134.

⁸³⁹ MELLO, op. cit., 2009, p. 992.

⁸⁴⁰ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 38.

⁸⁴¹ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 40.

⁸⁴² CAHALI, op. cit., 2014, p. 23.

risco administrativo⁸⁴³, embora, registre-se, que no Brasil grande parcela da doutrina nacional considerada ainda aplicável a teoria da falta anônima do serviço aos casos de responsabilidade civil do Estado por omissão⁸⁴⁴.

O elemento subjetivo passa a ser irrelevante para a configuração da responsabilidade civil do Estado, na medida em que a responsabilização do poder público passa a apoiar-se nos riscos criados pelo ente estatal no exercício de suas atividades⁸⁴⁵, deixando-se de lado a falta do serviço para fundar-se no fato do serviço⁸⁴⁶. Trata-se da responsabilidade objetiva do Estado, teoria esta adotada pela Constituição de Federal de 1988⁸⁴⁷.

A atuação do Estado pode provocar, direta ou indiretamente, danos materiais e extrapatrimoniais às pessoas, devendo, por isso, com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, reparar os prejuízos que tenha causado a terceiros⁸⁴⁸. As atividades estatais são desenvolvidas pelos agentes públicos, que podem causar, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, danos a terceiros⁸⁴⁹. Nesse caso, o Estado, enquanto pessoa jurídica de direito público, é sujeito de direitos e obrigações, razão pela qual tem o dever constitucional de reparar os prejuízos eventualmente causados aos administrados, não exigindo a culpa do serviço.

Para Regina Linden Ruaro, a “Responsabilidade Civil do Estado no ordenamento jurídico funda-se na Teoria do Risco Administrativo⁸⁵⁰ onde a obrigação de indenizar é

⁸⁴³ OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública**, p. 4. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4260766/mod_resource/content/0/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20ESTADO.%20Reflex%C3%B5es%20a%20partir%20do%20direito%20fundamental%20C3%A0%20boa%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica.%20OLIVEIRA%2C%20Gustavo%20Justino..pdf. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

⁸⁴⁴ HACHEM, op. cit., 2013, p. 1132. Daniel Wunder Hachem defende ser objetiva a responsabilidade do Estado por condutas omissivas, ou seja, nos casos em que o serviço público funcionou mal, não funcionou ou funcionou atrasado, por entender que a teoria da *faute du service* não remonta, necessariamente, a responsabilidade subjetiva, que o critério para distinguir a responsabilidade *pour faute* (por falta) da responsabilidade *sans faute* (sem falta) no direito francês não é a natureza omissiva da conduta, que na França admite-se a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado por omissão e, por fim, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 não fez qualquer distinção entre comportamento omissivos e comissivos (HACHEM, op. cit., 2013, p. 1139-1148).

⁸⁴⁵ GOMES, op. cit., 2018, p. 984.

⁸⁴⁶ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 42.

⁸⁴⁷ RUARO, op. cit., 2007, p. 233.

⁸⁴⁸ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 13-15.

⁸⁴⁹ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 15.

⁸⁵⁰ É importante registrar que o ordenamento jurídico brasileiro adota, em determinados casos, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado fundada no risco integral, isto é, sem qualquer tipo de excludente, tais como culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, como é a hipótese de responsabilidade do Estado por danos ambientais (LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In: LEITE, José Rubens Morato (coord.). FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (orgs.). **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13-54).

resultante do dano materialmente causado desde que comprovado um nexo causal”⁸⁵¹, ou seja, “para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano”⁸⁵², sem perquirir eventual negligência, imprudência, imperícia ou intenção da conduta do agente, deixando-se de lado, portanto, o elemento subjetivo⁸⁵³.

A adoção da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, fundada no risco administrativo, visa promover o ideal de justiça distributiva⁸⁵⁴, na medida em que “representa uma correta distribuição dos encargos entre a coletividade pelo sacrifício do interesse privado motivado em face da supremacia do interesse público”⁸⁵⁵.

A questão de quais sujeitos podem comprometer o Estado é de curial importância, isso porque o Estado, enquanto entidade abstrata, age juridicamente, como se analisará adiante, por meio de seus servidores, de modo que a ação dos agentes públicos será imputada à pessoa do Estado⁸⁵⁶. Os atos e as omissões praticados pelas pessoas físicas, na qualidade de agente público, de qualquer nível de escalão, podem gerar a responsabilização do Estado, independentemente se agiu dolosa ou culposamente⁸⁵⁷.

O dever de reparação pelos danos causados aos administrados é do Estado, mas o art. 37, § 6º, da Carta Magna, assegurou ao Poder Público o direito de regresso contra o responsável que tenha agido com dolo ou culpa, sendo, desse modo, possível, à luz da disciplina constitucional, a responsabilização civil do agente que praticou a ação ou omissão geradora da responsabilização do Estado⁸⁵⁸.

A Constituição Federal estabeleceu, ao mesmo tempo, a responsabilidade objetiva do Estado, no que toca à relação do cidadão com o ente estatal, e a responsabilidade subjetiva do agente causador dos danos para com o Poder Público, a envolver a relação jurídica entre o agente público e a Administração⁸⁵⁹.

O sistema constitucional impõe ao agente estatal o exercício cauteloso de suas funções constitucionais e legais a fim de se evitar danos a terceiros, alertando-lhe, inclusive, que as

⁸⁵¹ RUARO, op. cit., 2007, p. 235.

⁸⁵² MELLO, op. cit., 2009, p. 996.

⁸⁵³ RUARO, op. cit., 2007, p. 233.

⁸⁵⁴ RUARO, op. cit., 2007, p. 234.

⁸⁵⁵ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 26.

⁸⁵⁶ MELLO, op. cit., 2009, p. 998.

⁸⁵⁷ MELLO, op. cit., 2009, p. 998.

⁸⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 226-248, p. 245.

⁸⁵⁹ MELLO, op. cit., 2009, p. 1023. No mesmo sentido é a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 28).

suas ações ou omissões imputáveis ao Estado têm a potencialidade de acarretar a responsabilidade do Estado e, por consequência, a sua própria⁸⁶⁰.

Assegurou-se, como se vê, ao Estado, uma vez reparado o prejuízo da vítima, ser ressarcido, desde que presente o elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente público que tenha dado causa ao dano⁸⁶¹. O direito de regresso é, nas precisas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, protetor do interesse do Estado porque lhe garante o ressarcimento pelas despesas realizadas para reparar os danos causados a terceiros pelos seus agentes⁸⁶².

A pessoa causadora do dano somente irá responder se houver prova do seu dolo ou de sua negligência, imperícia ou imprudência, requisito subjetivo indispensável para o exercício do direito de regresso do Estado⁸⁶³. Além disso, o poder público somente poderá demandar o agente estatal, por meio de ação regressiva, depois de satisfeito o dano⁸⁶⁴.

O art. 37, § 6º, do texto constitucional, ao conferir ao Poder Público o chamado “direito de regresso” contra o agente responsável nos casos de dolo ou culpa, instituiu verdadeira a obrigação de defesa e de conservação do patrimônio público e a tutela da moralidade administrativa⁸⁶⁵. A promoção da pertinente ação judicial não é uma mera faculdade da Administração, mas verdadeiro dever-poder do Estado, decorrente do princípio da indisponibilidade do interesse público e do princípio da moralidade, alcançando todos os agentes públicos, inclusive os políticos⁸⁶⁶.

O cumprimento do dever-poder de regresso é um mecanismo de defesa e conservação do patrimônio público pelo Estado porque visa essencialmente a recomposição patrimonial do erário público, que fora desfalcado para ressarcir danos causados a terceiros pelos seus agentes, que, por sua vez, não poderão furtar-se dos efeitos jurídicos da ação ou da omissão praticada⁸⁶⁷. A esse respeito,

Quando a Administração responde é a sociedade que está respondendo: o patrimônio público é patrimônio de todos. O agente causador do dano deve ressarcir os cofres

⁸⁶⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., 2006, p. 246.

⁸⁶¹ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 28.

⁸⁶² MELLO, op. cit., 2009, p. 1029.

⁸⁶³ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 29.

⁸⁶⁴ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 30.

⁸⁶⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade civil extracontratual no exercício da função administrativa, In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). **Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 1121-1155, p. 1122.

⁸⁶⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., 2006, p. 246. No mesmo sentido é a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho (BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 30-31).

⁸⁶⁷ OLIVEIRA, op. cit., 2010, p. 1124-1125.

públicos porque, se agiu com dolo ou culpa, é o seu patrimônio, e não o patrimônio público, que deve, no final das contas, ser atingido⁸⁶⁸.

Romeu Felipe Bacellar Filho descreve de maneira clara e precisa a lógica da ação regressiva, nesses termos: “[...] o Estado indeniza o particular vítima de lesão, de forma objetiva. O agente público ressarcie o Estado, regressivamente, provados a culpa ou dolo”⁸⁶⁹. O ajuizamento da ação regressiva depende de prévia instauração de processo administrativo, que tem por objetivo colher elementos probatórios dos requisitos conformadores do direito de regresso, especialmente a identificação do agente causador do dano, o dolo ou a culpa do servidor e a quantificação atualizada do valor a ser ressarcido ao Estado⁸⁷⁰.

O Estado não pode promover unilateralmente descontos em folha de pagamento do agente público com o objetivo de satisfazer os valores pagos a título de indenização, devendo, para tanto, postular judicialmente o direito de regresso⁸⁷¹, que tramitará segundo o rito comum estabelecido pelo Código de Processo Civil.

É importante ressaltar, que o direito de regresso é apenas uma das formas jurídicas que se processa a responsabilidade civil dos agentes públicos, mas não a única⁸⁷², de modo que eles poderão ser responsabilizados nas esferas penal, administrativa e por improbidade administrativa, em caso de desatendimento de deveres funcionais. As responsabilidades civil, penal e administrativa são independentes entre si e as respectivas sanções podem ser aplicadas cumulativamente⁸⁷³.

Além disso, a responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa é corolário lógico do princípio republicano, uma vez que “a República impõe a afirmação e efetivação normativas da responsabilização de todo e qualquer agente público, cuja conduta venha a produzir danos (materiais ou morais) a terceiros”⁸⁷⁴, inclusive, à Administração Pública.

A República na condição de forma de governo, tem como características fundamentais a temporariedade do mandato do Chefe de Governo, com limite de reeleições sucessivas; eletividade do governante por meio do voto popular; e a responsabilidade política do Chefe de

⁸⁶⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos relevantes: A Constituição Federal de 1988: a questão da omissão: uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 293-336, p. 328.

⁸⁶⁹ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 31.

⁸⁷⁰ OLIVEIRA, op. cit., 2010, p. 1136.

⁸⁷¹ BACELLAR FILHO, op. cit., 2002, p. 32.

⁸⁷² OLIVEIRA, op. cit., 2010, p. 1149.

⁸⁷³ MELLO, op. cit., 2009, p. 326.

⁸⁷⁴ OLIVEIRA, op. cit., 2010, p. 1123.

Governo, que deve prestar contas de seus atos e omissões na condução da vida política do Estado⁸⁷⁵.

É tradição do direito constitucional brasileiro a adoção da forma republicana de governo, que tem como uma de suas principais características a responsabilidade política do governante perante o povo ou órgãos estatais de representação popular, opondo-se, nesse aspecto, à monarquia que se caracteriza, dentre outras formas, pela irresponsabilidade do monarca⁸⁷⁶, embora se reconheça que tal peculiaridade da forma monárquica de governo é muito mais próxima das monarquias absolutistas do século XVI do que uma regra aplicável às monarquias constitucionais da atualidade⁸⁷⁷.

Por outro lado, a República, na condição de forma de governo, não se confunde - embora existam pontos de contato - com o princípio republicano⁸⁷⁸. O princípio republicano vai além da República, caracterizada esta pela temporariedade do mandato do governante, escolha popular do Chefe do Governo e sua responsabilidade política⁸⁷⁹, posto que se trata “[...] de uma particular (e coerente) forma de governar [...]”⁸⁸⁰ e expressa, como dizem Paulo Márcio Cruz e Luiz Henrique Urquhart Cademartori, um sistema de valores que orientam o funcionamento da Administração Pública e do ordenamento jurídico, dentre os quais, por exemplo:

[...] (a) a configuração de todos os cargos de Estado, políticos e não políticos, em termos de um estatuto jurídico traduzido em situações funcionais, e não em direitos subjetivos stricto sensu ou, muito menos, em privilégios; (b) a temporalidade de todos os cargos do Estado, políticos e não políticos, eletivos e não eletivos; (c) conseqüentemente, a proibição quer de cargos hereditários, quer de cargos vitalícios, quer mesmo de cargos de duração indeterminada; (d) a duração curta de cargos políticos; (e) a limitação da designação para novos mandatos (ou do número de mandatos que a mesma pessoa pode exercer sucessivamente), devendo entender-se a renovação assim propiciada tanto um meio de prevenir a personalização e o abuso do poder, como uma via para abrir as respectivas magistraturas ao maior número de cidadãos; (f) após o exercício dos cargos, a não conservação ou a não atribuição aos antigos titulares de direitos não conferidos aos cidadãos em geral (e que

⁸⁷⁵ STRECK; MORAIS, op. cit., 2014, p. 182.

⁸⁷⁶ DALLARI, op. cit., 2007, p. 230. A responsabilidade política não será aqui desenvolvida porque não é objeto da presente investigação de doutoramento.

⁸⁷⁷ IENSUE, Geziela; SGARBOSSA, Luís Fernando. Democracia e responsabilidade: breve análise dos instrumentos de responsabilização política nas democracias contemporâneas. **A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 145-173, out./dez. 2017, p. 149. Na Espanha, por exemplo, a pessoa do rei não está sujeita à responsabilidade política, civil e criminal, exigindo-se, por outro lado, o referendo de seus atos por determinados membros do Governo como condição de sua validade, conforme art. 56.3 da Constituição espanhola. (CONDE, Enrique Álvarez; AUSINA, Rosario Tur. **Derecho constitucional**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 593-597).

⁸⁷⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 285.

⁸⁷⁹ DALLARI, op. cit., 2007, p. 230.

⁸⁸⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da. Princípio republicano e virtudes republicanas. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, Ano 08, n. 02, p. 145-174, 2008, p. 156.

redundariam em privilégios); (g) a não sucessão imediata, no mesmo cargo, do cônjuge ou de qualquer parente ou afim próximo⁸⁸¹.

Do princípio republicano deflui também a responsabilidade jurídica de todos os agentes públicos brasileiros e não somente a responsabilização política dos agentes eleitos pelo povo. O Brasil é apresentado pela Constituição Federal de 1988, já no primeiro artigo, como República Federativa do Brasil, cuja estrutura estatal deve se pautar pela transparência, ausência de privilégios, participação popular na vida pública estatal e responsabilidade política, civil, penal e administrativa dos agentes públicos⁸⁸².

A responsabilidade política não se confunde com a responsabilidade jurídica do governante e demais agentes públicos, sendo que esta última se desdobra em civil, penal e administrativa, o que permite a punição civil, criminal ou disciplinar do agente estatal por atos ou omissões ilícitas no exercício da função⁸⁸³, sendo que a responsabilização política e jurídica dos agentes estatais é marca inerente ao princípio republicano, que “[...] deve informar seu exercício, através da implementação de responsabilidade ao agente que venha a provocar danos a terceiros”⁸⁸⁴.

Não somente os agentes políticos eleitos pelo povo são os destinatários do referido princípio, mas todo agente público brasileiro, de modo que todo aquele que exercer cargo, emprego ou função pública poderá ser responsabilizado pelos seus atos e omissões. A esse respeito, Roque Antônio Carrazza sustenta que,

A noção de República caminha de braços dados com a ideia de que todas as autoridades, por não estarem nem acima, nem fora do Direito, são responsáveis pelos danos a que derem causa, podendo, por conseguinte, ser compelidas a ressarcilos. A irresponsabilidade atrita abertamente com o regime republicano⁸⁸⁵.

Os agentes públicos brasileiros, em sentido lato, são política e juridicamente responsáveis pelos seus atos e omissões praticados no exercício da função⁸⁸⁶, uma vez que a

⁸⁸¹ CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 01, n. 01, p. 87-96, jan./jun. 2009, p. 94.

⁸⁸² CUNHA, op. cit., 2008, p. 159.

⁸⁸³ IENSUE; SGARBOSSA, op. cit., 2017, p. 149.

⁸⁸⁴ VALADÃO, Rodrigo Borges. República e responsabilidade civil dos magistrados. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 03, p. 1898-1914, 2017, p. 1900-1901.

⁸⁸⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. Princípio republicano. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/93/edicao-1/principio-republicano>>. Acesso em 26 jan. 2018.

⁸⁸⁶ Deve-se esclarecer que a responsabilização política se submete ao princípio da legalidade, no sentido de que “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, razão pela qual os crimes de responsabilidade deverão estar previamente

responsabilização inerente ao princípio republicano não é, reiterar-se, unicamente a política, mas também a civil, a criminal e a administrativa⁸⁸⁷.

Se assim é, e considerando que a essência do princípio republicano e da própria República repousa no repúdio à tirania e na garantia dos direitos fundamentais, dos direitos humanos e da cidadania⁸⁸⁸, os agentes públicos brasileiros que não cumprem as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos proferidas em desfavor do Brasil podem ser, com espeque no princípio republicano, responsabilizados pela omissão nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

O Brasil, como Estado signatário da Convenção Americana, deve garantir o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana no plano jurídico doméstico, sob pena de responsabilização internacional, cujo adimplemento dar-se-á, conforme visto alhures, de acordo com as competências constitucionais materiais, legislativas e jurisdicionais de cada ente federativo.

O Estado é um ente abstrato e, por isso, o desempenho das funções estatais é feito por meio dos agentes públicos, aos quais se imputa a vontade estatal⁸⁸⁹, que serão, por obviedade, os responsáveis diretos pelo cumprimento ou não das decisões da Corte Interamericana. Parafraseando Marçal Justen Filho, a República Federativa do Brasil, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios não têm existência física e concreta, não são dotadas de autonomia existencial e não são titulares de personalidade psicológica, razão pela qual pessoas físicas, leia-se agentes públicos, são investidas de poder jurídico para formar e manifestar a vontade do Estado e praticar os atos estatais⁸⁹⁰.

Por isso, as sentenças internacionais deverão ser cumpridas pelo Estado brasileiro por intermédio de seus agentes públicos, inclusive parlamentares e juízes nacionais, exigindo-se, portanto, o cumprimento das obrigações convencionais por parte dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁸⁹¹.

Os agentes estatais, no exercício da função pública, têm a obrigação convencional, constitucional e legal de cumprir e mandar cumprir adequadamente as ordens judiciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e o não cumprimento, injustificado, das obrigações judicialmente estabelecidas pelo mencionado Tribunal Internacional poderá

típicados em lei federal para que os agentes públicos possam ser penalizados na esfera política.

⁸⁸⁷ VALADÃO, op. cit., 2017, p. 1905.

⁸⁸⁸ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., 2015, p. 286.

⁸⁸⁹ MELLO, op. cit., 2009, p. 140.

⁸⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 234.

⁸⁹¹ CANÇADO TRINDADE, op. cit., 1997, p. 440-441.

caracterizar, em tese, um ato de improbidade administrativa, notadamente, que atenta contra os princípios da administração pública, uma vez que o servidor público deixa de praticar ato de ofício.

Márcia Nina Bernardes faz importante alerta no sentido de que “[...] um dos grandes desafios à efetividade das decisões dos órgãos do SIDH no Brasil é justamente a resistência da comunidade jurídica nacional a incorporar o Direito Internacional dos Direitos Humanos na sua rotina”⁸⁹², omissão e indiferença essas que devem ser prontamente combatidas.

Os preceitos da Convenção Americana são vinculativos e obrigatórios⁸⁹³, o que significa dizer que as normas construídas hermeneuticamente (regras e princípios) a partir do texto dos tratados internacionais se revestem de uma forma deôntica da qual expressam uma obrigação, uma proibição ou uma permissão para agir de determinada maneira⁸⁹⁴, seja na modalidade tudo ou nada ou como padrões que devem ser observados porque são exigências de justiça, equidade ou moralidade⁸⁹⁵.

O positivismo afastou da compreensão do fenômeno jurídico elementos estranhos ao Direito, ou seja, extrajurídicos, de modo que a Ciência Jurídica consistia em descrever o direito posto pelo Estado, cujo objeto poderia ser os Códigos (positivismo exegetico), a norma jurídica (Hans Kelsen), as regras (Herbert Hart) ou o conjunto de decisões judiciais (realismo jurídico)⁸⁹⁶.

As teorias positivistas repousam nas ideias de que o Direito é o mesmo que texto normativo e na subsunção como forma de sua aplicação, ao passo que o pós-positivismo consiste numa forma revolucionária de compreender e aplicar o Direito, em que a norma jurídica não mais se confunde com o texto e a subsunção como mecanismo de resolução de questões jurídicas desaparece⁸⁹⁷.

O pós-positivismo rompe com o positivismo jurídico ao dissociar a norma do texto normativo⁸⁹⁸. Este não se confunde com a norma jurídica. O texto é a literalidade abstrata de um dispositivo convencional, constitucional ou legal, ao passo que a norma é o sentido

⁸⁹² BERNARDES, op. cit., 2011, p. 136.

⁸⁹³ Não se está afirmando nessa tese que diploma normativo em abstrato (lei, tratado ou Constituição) e norma jurídica são conceitos sinônimos. O texto e norma são se confundem, portanto. Tema que aqui não será desenvolvido porque fugiria aos propósitos da pesquisa de doutoramento.

⁸⁹⁴ ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, op. cit., 2014, p. 331.

⁸⁹⁵ DWORKIN, op. cit., 2010, p. 36-39.

⁸⁹⁶ ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 55.

⁸⁹⁷ ABOUD, op. cit., 2014, p. 54.

⁸⁹⁸ ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, op. cit., 2014, p. 346.

construído com alicerce na interpretação de um dispositivo normativo, daí porque os textos são o objeto da hermenêutica e as normas o seu resultado⁸⁹⁹.

A atividade hermenêutica não se caracteriza como um ato de revelação do significado previamente dado ao texto, mas um ato de construção de sentidos de um dispositivo normativo⁹⁰⁰. Ademais, “[...] a hermenêutica jurídica moderna, pautada no referencial filosófico do giro linguístico, não acredita num sentido próprio a ser extraído pelo intérprete do texto, mas num sentido construído, de acordo com os referenciais e com o contexto que ele vivencia”⁹⁰¹. A atividade hermenêutica tem uma dimensão pragmática, no sentido de que os significados da linguagem⁹⁰² variam de acordo com o contexto⁹⁰³. Como diz André Folloni, “não há semântica independente da pragmática [...] o sentido depende do emprego; o significado deixa o metafísico em direção ao cotidiano”⁹⁰⁴.

As normas jurídicas, que estão dentro do sistema jurídico, têm o seu conteúdo dependente de interações com o meio e com os outros sistemas sociais⁹⁰⁵. Assim,

[...] o significado de determinadas normas jurídicas pode depender, em maior ou menor medida, de elementos que pertencem ao ambiente do sistema jurídico [...] em casos como esse, a compreensão do sistema depende da compreensão do meio – inclusive, eventualmente, de compreensão cientificamente especializada não jurídica⁹⁰⁶.

O significado dos textos normativos, inclusive os relacionados a direitos fundamentais e direitos humanos, emerge das interações existentes no interior do sistema jurídico-normativo e entre o sistema jurídico, o ambiente e os demais sistemas sociais, sendo insuficiente a compreensão dos textos normativos unicamente através da análise científica do ordenamento jurídico⁹⁰⁷.

⁸⁹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 33.

⁹⁰⁰ Ibidem, p. 34.

⁹⁰¹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. O constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico**. Vol. 1, São Paulo: Noeses, 2014, p. 17.

⁹⁰² A filosofia da linguagem, em especial a teoria desenvolvida por Ludwig Wittgenstein, teve papel fundamental no desenvolvimento de uma concepção pragmática de norma jurídica, tema sobre o qual não será aprofundado porque fugiria aos propósitos da presente pesquisa de doutoramento.

⁹⁰³ NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 16.

⁹⁰⁴ FOLLONI, André. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 2, p. 905-941, 2017, p. 909.

⁹⁰⁵ FOLLONI, André. **Ainda o reducionismo no direito**. Disponível em: <http://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/>. Acesso em: 27 de dezembro de 2017.

⁹⁰⁶ FOLLONI, André. **Ainda o reducionismo no direito**. Disponível em: <http://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/>. Acesso em: 27 de dezembro de 2017.

⁹⁰⁷ FOLLONI, André. **Ainda o reducionismo no direito**. Disponível em:

O art. 68.1 do Pacto de San José da Costa Rica diz, textualmente, que “[...] os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Embora as normas jurídicas não possam ser deduzidas em abstrato e de maneira prévia porque seu conteúdo e significado somente são construídos contextualmente à luz das circunstâncias de um caso concreto⁹⁰⁸ e porque a interpretação dos enunciados normativos não depende apenas do texto, mas da sua conversação com outros dispositivos jurídicos, com os demais saberes científicos e com o contexto histórico, social, cultural, econômico e político⁹⁰⁹, verdade é que o teor literal do enunciado normativo é o ponto de partida da interpretação das leis, dos tratados e da Constituição⁹¹⁰, de modo que o texto impõe limites e contornos à atividade do intérprete.

Acerca dos limites semânticos do texto normativo, Lenio Luiz Streck ensina que:

[...] o teor literal da norma apresenta-se como algo imprescindível para o Estado de Direito, especialmente diante do cenário jurídico atual, isto é, o texto normativo determinará os extremos de possíveis variantes de significado, assegurando, pois, os limites necessários ao intérprete⁹¹¹.

E arremata:

Os limites semânticos do Direito são uma exigência da democracia. Os sentidos jurídicos não podem estar à disposição do intérprete/juiz, pois, ao final, os direitos das pessoas também estarão disponíveis a esse alvedrio, situação que regimes democráticos procuram suplantar. Aplicar um comando legal não é ser positivista; é, sim, respeitar as balizas democraticamente instituídas do que venha a ser o direito em nossa comunidade⁹¹².

A literalidade do art. 68.1 do Pacto de San José da Costa Rica remete à conclusão de que o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos é um dever jurídico que recai sobre os agentes públicos brasileiros, não podendo, portanto, o intérprete construir qualquer significado no sentido de que o adimplemento de tais decisões seja facultativo.

<http://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/>. Acesso em: 27 de dezembro de 2017.

⁹⁰⁸ ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, op. cit., 2014, p. 335.

⁹⁰⁹ FOLLONI, André. O papel da ciência do direito tributário no desenvolvimento tributário. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego (Coord.). **Direito Tributário**. Florianópolis: CONPEDI, p. 194-215, 2014, p. 206-207.

⁹¹⁰ KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividades semánticas en la argumentación jurídica. Madrid: Marcial Bons, 2017, p. 23.

⁹¹¹ STRECK, Leio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, 2014, p. 175.

⁹¹² Ibidem, p. 185.

A norma jurídica oriunda do art. 68.1 da Convenção Americana estabelece uma regra que se reveste de caráter deontológico porque expressa uma conduta obrigatória, consistente, nas palavras de Luigi Ferrajoli, naquela em que se está permitida uma conduta comissiva e não permitida a omissão⁹¹³.

Em outras palavras, a omissão e a indiferença dos agentes públicos nacionais em relação aos julgados interamericanos proferidos em desfavor da República Federativa do Brasil serão consideradas condutas ilícitas sobre as quais o direito interno pode atuar *a priori* ou *a posteriori*, evitando ou desencorajando tais condutas indesejadas ou sancionando-as, respectivamente, embora se reconheça que existem outras medidas sem natureza coercitiva aptas a tornar eficazes as normas jurídicas, como os prêmios e as recompensas⁹¹⁴.

O inadimplemento das decisões internacionais faz surgir a responsabilidade, conceituada como “[...] el efecto de un acto ilícito, consistente en la expectativa predispueta por una norma sobre el sujeto al que se le imputa el ilícito, de una condena a sufrir una sanción[...]”⁹¹⁵, dos agentes públicos omissos. Se não fosse assim, “[...] as ordens normativas não teriam qualquer sentido ou utilidade, pois sua eficácia dependeria unicamente da adoção voluntária da conduta estabelecida normativamente”⁹¹⁶.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não prevê qualquer consequência sancionatória para as autoridades nacionais em caso de violação do seu art. 68.1, entretanto, não se pode perder de vista que o referido tratado internacional tem vigência e eficácia no âmbito interno e o ordenamento jurídico brasileiro prevê, ainda que indiretamente, uma resposta ao descumprimento da norma e, dessa forma, das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, qual seja, a sanção por ato de improbidade administrativa.

A sanção, em seu aspecto negativo, é conceituada por Rafael Munhoz de Mello “[...] como a consequência negativa atribuída à inobservância de um comportamento prescrito pela norma jurídica, que deve ser aplicada pelos órgãos competentes, se necessário com a utilização de meio coercitivos”⁹¹⁷. Desse modo, assimilando a definição ora formulada, pode-se afirmar que a não realização da conduta comissiva imposta pelo art. 68.1 do Pacto de San

⁹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia, vol. 1, Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 116.

⁹¹⁴ ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 178. No mesmo sentido, ver: MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade**: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁹¹⁵ [...] o efeito de um ato ilícito, consistente na expectativa, predisposta por uma norma sobre o sujeito a que a imputa o ilícito, da aplicação de uma sanção. (FERRAJOLI, op. cit., 2016, p. 627, tradução nossa).

⁹¹⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 36.

⁹¹⁷ Ibidem, p. 41.

José da Costa Rica gera a responsabilidade dos agentes públicos nacionais e, por via de consequência, a aplicação de uma sanção por ato de improbidade administrativa.

4.2.2 A Responsabilidade do Agente Público Brasileiro por Ato de Improbidade Administrativa em Razão do Descumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Constituição Federal de 1988 consagrou, em seu art. 37, § 4º, a responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa, ao dispor que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, visando, com isso, a coibir e a punir atos de corrupção em geral, condutas lesivas ao erário público e dar efetividade aos princípios da Administração Pública. Posteriormente, o retro referido dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 8.429/92, o que deu concretude à norma constitucional.

O ato de improbidade administrativa pode ser conceituado como sendo aquele praticado por agente público, que servindo-se da função pública auferir ou distribuir vantagem ilegal ou imoral ou causar prejuízo ao patrimônio público, contrário aos princípios e às regras regentes da Administração Pública, indicando, assim, menosprezo ou incúria aos deveres do cargo, emprego ou função e à Coisa Pública⁹¹⁸.

A improbidade administrativa pressupõe, no âmbito da presente tese, uma agressão aos direitos humanos e aos direitos fundamentais⁹¹⁹, notadamente quando vier a se expressar pelo desrespeito, pela omissão e pelo descumprimento das sentenças da Corte Interamericana, que atua, reitera-se, subsidiariamente, para tutelar importantes direitos humanos violados pelo Brasil e não assegurados pelo Poder Judiciário brasileiro.

Por isso, “[...] o discurso de ataque à improbidade é, e deve ser, simultaneamente, o discurso de defesa dos direitos fundamentais e dos direitos humanos atingidos pelo ato ímprobo, direta ou indiretamente [...]”⁹²⁰, uma vez que quando as autoridades nacionais deixam de satisfazer as sentenças da Corte Interamericana, elas estarão obstaculizando não

⁹¹⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116-117.

⁹¹⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 259.

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 260-261.

somente a reparação de eventuais danos causados às vítimas, mas, notadamente, inviabilizando a eficiente proteção e promoção dos direitos humanos no âmbito nacional.

Diante desse cenário, a Lei de Improbidade Administrativa revela-se como um importante instrumento jurídico de fortalecimento da efetividade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que se refere à implementação das decisões jurisdicionais interamericanas, desafio este central e imprescindível para a pavimentação de um constitucionalismo latino-americano comum em matéria de direitos humanos, conforme tão almejado e reverberado por Flávia Piovesan⁹²¹.

O ato de improbidade administrativa, para acarretar a aplicação das sanções previstas no art. 37, § 4º, da *Lex Maxima* e no art. 12 da Lei N. 8.429/92⁹²², exige a presença dos seguintes requisitos: a) sujeito ativo; b) sujeito passivo; c) ato danoso consistente em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentado contra os princípios da Administração Pública; e e) dolo ou culpa do sujeito ativo⁹²³.

4.2.2.1 Sujeito passivo

O sujeito passivo material do ato de improbidade administrativa é a vítima do mau agente público, isto é, o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado pela conduta ilícita da pessoa ímproba⁹²⁴. Dito de outro modo, é as entidades que a Lei de Improbidade Administrativa visa proteger e estão relacionadas no art. 1º da referida Lei⁹²⁵. A propósito:

Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de

⁹²¹ PIOVESAN, op. cit., 2017, p. 44-46.

⁹²² BRASIL. Lei 8.429 de 02 de junho de 1992. Lei da Improbidade Administrativa; Lei do Enriquecimento Ilícito (1992); Lei do Colarinho Branco (1992). Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União** - Seção 1 - 3/6/1992, Página 6993. Poder Executivo, Brasília, DF, 1992.

⁹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed.. São Paulo: Atlas, 2015, p. 979.

⁹²⁴ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 285.

⁹²⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. 2. ed.. São Paulo: Dialética, 2014, p. 33.

cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A partir do dispositivo legal acima referenciado, percebe-se que podem ser sujeitos passivos de atos de improbidade administrativa a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os municípios, os territórios, as entidades da Administração Pública Indireta das entidades federativas, as entidades criadas ou custeadas com recursos públicos e as entidades do terceiro setor, que recebam subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício das unidades políticas da federação.

Segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, o primeiro passo é identificar o sujeito passivo para somente depois analisar a condição do agente ímprobo, uma vez que somente serão considerados atos de improbidade aqueles praticados em detrimento das entidades relacionadas no art. 1º da Lei N. 8.429/92⁹²⁶.

No caso de descumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o sujeito passivo material do ato de improbidade administrativa não é a vítima da violação de direitos humanos, mas sim a União porque eventual punição internacional recairá sobre o próprio governo central, como entidade representativa da República Federativa do Brasil na Organização dos Estados Americanos (OEA), afinal, “[...] a União Federal responde internacionalmente por atos sobre os quais tem controle limitado e não pode alegar essa circunstância para se eximir da responsabilidade internacional”⁹²⁷.

O cumprimento das obrigações internacionais provenientes da Convenção Americana deve ser realizado pelas entidades federativas de acordo com a repartição de competências fixada pela Constituição da República, mas se a União não lograr êxito em compelir os governos locais a implementar os julgados interamericanos, a responsabilidade internacional será da República Federativa do Brasil e, por isso, indiretamente, da União.

Além disso, a entidade federativa com quem o agente público omisso mantém vínculo funcional também será sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, eis que contra ela a União poderá adotar, com fulcro no art. 28.2, do Pacto de San José da Costa Rica, as medidas jurídicas necessárias para garantir o adimplemento das obrigações internacionais, dentre as quais a intervenção federal e a ação de execução judicial.

O ato de improbidade administrativa praticado, nesse caso, consiste no inadimplemento de decisão judicial internacional e não propriamente a conduta positiva ou

⁹²⁶ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 285.

⁹²⁷ BERNARDES, op. cit., 2011, p. 143.

omissiva atentatória a direitos humanos positivados no Pacto de San José da Costa Rica ou no Protocolo de San Salvador, que tenha dado azo à condenação internacional.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei N. 8.429/92) não elenca, dentre o rol dos sujeitos passivos, a pessoa física, uma vez que as condutas ímprobas tipificadas no referido diploma legal visa tutelar a probidade administrativa e a moralidade administrativa⁹²⁸, e os efeitos do desatendimento às determinações jurisdicionais do Tribunal Interamericano são, como se disse alhures, diretamente suportadas pela União e pelos Estados-membros.

4.2.2.2 Sujeito ativo

O sujeito ativo é aquele que comete o ato de improbidade administrativa. No sistema da Lei 8.429/92, os atos de improbidade administrativa somente podem ser praticados por agente público, com ou sem o auxílio de particular (terceiros)⁹²⁹. Veja-se:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior⁹³⁰.

O agente público pode ser conceituado como “[...] toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta[...]”⁹³¹, que desempenha, portanto, uma função ou atividade vinculada ao Poder Público⁹³². Segundo o regramento constitucional brasileiro, são quatro as categorias de agentes públicos, a saber: a) agentes políticos; b) servidores públicos; c) os militares; e d) particulares em colaboração com o Poder Público⁹³³, de modo que todos poderão ser qualificados, em tese, como sujeito ativo do ato de improbidade administrativo, sujeitando-se, dessa forma, às penas previstas no art. 12 da Lei N. 8.429/92⁹³⁴.

⁹²⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. Art. 37, § 4º. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 965-978, p. 969.

⁹²⁹ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 314.

⁹³⁰ Art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa.

⁹³¹ DI PIETRO, op. cit., 2015, p. 654.

⁹³² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 27.

⁹³³ DI PIETRO, op. cit., 2015, p. 654.

⁹³⁴ Não se desconhece que há no cenário jurídico nacional a discussão sobre a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Porém, deve-se registrar que atualmente o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que os agentes políticos se submetem dupla e concomitantemente ao regime de responsabilização política e por improbidade administrativa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AC 3585/RS, Rel. Min. Celso de Mello, **Diário [de] Justiça eletrônico** (Dje) 24.10.2014).

Os agentes políticos são, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder [...]”⁹³⁵, entendimento este compartilhado pela administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que reconhece, contudo, que hodiernamente os magistrados e membros do Ministério Público são igualmente qualificados como agentes políticos porque exercem parcela da soberania do Estado e funções de controle atribuídas pela Constituição Federal, respectivamente⁹³⁶.

Os servidores públicos, em sentido lato, são as pessoas que prestam serviços à Administração Pública Direta e Indireta, com vínculo funcional e mediante remuneração paga pelo erário público, a compreender: os servidores públicos estatutários, ocupantes de cargo público efetivo ou de provimento em comissão; os empregados públicos, ocupantes de emprego público e submetidos ao regime jurídico celetista; e os servidores temporários, que são os contratados na forma do art. 37, inciso IX, da Carta Magna⁹³⁷.

Os militares são aqueles que prestam serviços às Forças Armadas e às Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal, com vínculo estatutário especial e remuneração paga pelos cofres públicos⁹³⁸. Por fim, os particulares em colaboração o Poder Público são as “[...] pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração[...]”⁹³⁹, a exemplo os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os jurados, os requisitados para a prestação de serviço militar ou eleitoral e os conselheiros tutelares⁹⁴⁰.

Porém, para os fins da Lei de Improbidade Administrativa, a terminologia “agente público” tem sentido mais amplo ainda, uma vez que será considerado sujeito ativo do ato de improbidade administrativa toda pessoa que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades que figuram como sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, aí englobadas as entidades exclusivamente privadas que recebam incentivos financeiros-econômicos do Estado⁹⁴¹.

⁹³⁵ MELLO, op. cit., 2009, p. 246.

⁹³⁶ DI PIETRO, op. cit., 2015, p. 656.

⁹³⁷ Ibidem, p. 656-657.

⁹³⁸ Ibidem, p. 661.

⁹³⁹ Ibidem, p. 663.

⁹⁴⁰ A Lei N. 8.429/92 não abrange os funcionários das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, salvo se receberem subvenções, benefícios ou incentivos do erário público (GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 318).

⁹⁴¹ DECOMAIN, op. cit., 2014, p. 36.

De fato, a Lei de Improbidade Administrativa classifica como agente público qualquer pessoa que, apesar de não possuir vínculo com a Administração Pública Direta ou Indireta, exerça atividade em entidades beneficiárias de recursos públicos ou de incentivos fiscais ou creditícios por parte do Estado⁹⁴².

O particular também pode ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa, desde que induza ou concorra para a prática de ato de improbidade administrativa por agente público ou que dele se beneficie de qualquer forma direta ou indiretamente, nos termos do art. 3º da Lei N. 8.429/92. Logo, o *extraneus* que concorrer ou se beneficiar da prática de ato de improbidade administrativa estará sujeito às penalidades cominadas no art. 12 da Lei retro mencionada⁹⁴³.

Sobre o tema, Fábio Medida Osório sustenta que “[...] também os particulares que atuem conjunto com os agentes públicos, na violação do dever de probidade administrativa, podem ser sancionados, nos termos legais, por seus atos”⁹⁴⁴. O terceiro somente poderá ser sujeito ativo dos atos de improbidade administrativa se agir em conluio com agente público, não podendo ser punido se agir sozinho⁹⁴⁵.

À luz do disposto no art. 3º da Lei N.º 8.429/92, o particular só poderá ser punido pela prática de atos de improbidade administrativa, em três hipóteses: a) se induzir o agente público a praticar o ato de improbidade administrativa, ou seja, se despertar, criar, fazer surgir no agente público a vontade ou o interesse de praticar o ato de improbidade administrativa, não respondendo se apenas instigar o agente público a praticar o ato ímprobo, isto é, se apenas reforçar ou estimular a vontade preexistente do agente público de praticar o ato⁹⁴⁶; b) se concorrer para a prática do ato de improbidade administrativa, isto é, se agir em coautoria ou em participação com o agente público; e c) se, apesar de não exercer qualquer influência no elemento subjetivo do agente público, beneficiar-se, direta ou indiretamente, do ato de improbidade administrativa perpetrado pelo agente estatal, desde que tenha ciência da origem ilícita do benefício auferido, ou seja, se houver liame subjetivo entre o terceiro e o agente público⁹⁴⁷.

Por sua vez, as pessoas jurídicas são sujeito de direito, com personalidade jurídica própria e distinta das pessoas físicas que as criaram. São, portanto, titulares de direitos e obrigações na ordem civil. Nessa linha de raciocínio, as pessoas jurídicas, apesar de não

⁹⁴² GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 315.

⁹⁴³ Ibidem, p. 336.

⁹⁴⁴ OSÓRIO, op. cit., 2013, p. 172.

⁹⁴⁵ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 339.

⁹⁴⁶ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 337.

⁹⁴⁷ Ibidem, p. 338.

poderem ser consideradas agentes públicos, qualidade essa reservada exclusivamente à pessoa física, estão sujeitas às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa na condição de terceiros⁹⁴⁸.

Diante desse cenário, o agente público brasileiro, que detenha a competência constitucional e/ou legal para realizar as obrigações impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos à República Federativa do Brasil, poderá ser considerado sujeito ativo de ato de improbidade administrativa, nos exatos termos do art. 2º da Lei N. 8.429/92, uma vez que é através dele que a vontade do Estado brasileiro se forma e se manifesta.

4.2.3 Tipologia dos atos de improbidade administrativa

Além das presenças dos sujeitos passivo e ativo, para existir o ato de improbidade administrativa, ainda é necessária a ocorrência de um dos atos danosos previstos nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei N.º 8.429/92, quais sejam, atos de improbidade administrativa que importam no enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao patrimônio público e que atentam contra os princípios da administração pública, independentemente de dano patrimonial ao erário público⁹⁴⁹.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que o vocábulo “ato” (de improbidade administrativa) não é utilizado no sentido de ato administrativo, mas de qualquer conduta comissiva ou omissiva praticada no exercício da função por qualquer agente público, que importe enriquecimento ilícito, dano ao erário ou atente contra princípios da Administração Pública, abrangendo, por isso, atos estatais administrativos, legislativos e jurisdicionais⁹⁵⁰.

O enriquecimento ilícito é principal meio de implementação dos atos de corrupção⁹⁵¹. Em linhas gerais, enriquecimento ilícito se caracteriza pelo recebimento de vantagem econômica indevida, ou seja, não prevista em lei, em razão do exercício do cargo, emprego ou função pública⁹⁵². Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito estão tipificados exemplificativamente no art. 9º da Lei 8.429/92, cujo *caput* tem a seguinte redação:

⁹⁴⁸ Ibidem, p. 339.

⁹⁴⁹ DI PIETRO, op. cit., 2015, p. 986.

⁹⁵⁰ DI PIETRO, op. cit., 2015, p. 987.

⁹⁵¹ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 352.

⁹⁵² DAL BOSCO, Maria Goretti; MATOS, Jatene da Costa. Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73730>. Acesso em: 28 de dezembro de 2017.

Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

A literatura aponta quatro requisitos essenciais para a caracterização do ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, quais sejam: a) enriquecimento do agente; b) que o sujeito ativo se enquadre na definição do art. 2º da Lei N. 8.429/92; c) ausência de justa causa, tratando-se, portanto, de vantagem indevida; e d) nexos causal entre a vantagem indevida e o exercício do cargo⁹⁵³.

A vantagem auferida pelo agente público deverá ser necessariamente indevida e de natureza patrimonial, ou seja, econômica, não se caracterizando ato de improbidade administrativa tipificado no art. 9º da Lei N.º 8.429/92 a obtenção de vantagem sexual ou de outra natureza não financeira, embora possa ocorrer a prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 ou no art. 11 do retro mencionado diploma normativo se houver danos ao erário público ou violação de princípios da Administração Pública⁹⁵⁴.

A vantagem patrimonial indevida obtida pelo agente público poderá ser positiva ou negativa. A positiva é aquela vantagem que propicia um acréscimo econômico-financeiro ao patrimônio particular do agente público, ao passo que a negativa é a que, apesar de nada acrescentar ao patrimônio do agente ímprobo, garante-lhe a poupança de despesas a que estava obrigado a fazer por lei ou por contrato, ou ainda com a utilização de serviços, bens móveis ou imóveis ou aceitação de viagens ou hospedagens gratuitos ou pagos por terceiros⁹⁵⁵. A esse respeito,

Consideram-se positivas aquelas prestações que ensejam um acréscimo ao patrimônio do agente, possibilitando um somatório de novos bens ou valores àqueles preexistentes à prática ilícita. [...] São prestações negativas aquelas que evitam uma diminuição dos valores existentes no patrimônio do agente, fazendo determinado ônus, preexistente ao ilícito, ou não, seja assumido por terceiros⁹⁵⁶.

Assim, o agente público brasileiro praticará ato de improbidade administrativa que enseje enriquecimento ilícito sempre que auferir, em razão do exercício da função pública,

⁹⁵³ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 358.

⁹⁵⁴ DECOMAIN, op. cit., 2014, p. 97. No mesmo sentido é o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 362).

⁹⁵⁵ MARTINS JÚNIOR, op. cit., 2009, p. 227.

⁹⁵⁶ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 362-363; suprimimos.

vantagem econômica indevida, para deixar de cumprir as obrigações jurisdicionais impostas pelo Tribunal Interamericano de Direitos Humanos.

Os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao patrimônio público estão tipificados abertamente no art. 10 da Lei N.º 8.429/92, de modo que qualquer outra conduta que importe dano ao erário poderá ser enquadrada no *caput* do referido artigo, desde que tenha sido fruto da inobservância de princípios reitores dos atos dos agentes públicos, eis que o prejuízo ao erário não é o único elemento da improbidade prevista no art. 10 do antes aludido diploma normativo⁹⁵⁷.

É importante frisar que as expressões “erário público” e “patrimônio público” são conceitos distintos porque o patrimônio público é mais amplo do que o erário público⁹⁵⁸. O erário é o

[...] conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeiro pertencentes ao Poder Público [...] patrimônio público é, por sua vez, o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público⁹⁵⁹.

A Lei nº 8.429/92 não visa a proteger apenas o patrimônio econômico-financeiro do Estado (erário), mas sim o patrimônio público de uma forma geral, sendo ampla e irrestrita essa proteção, alcançando, a partir de uma interpretação sistemática e teleológica, as condutas dos agentes públicos que causam danos aos direitos fundamentais e aos direitos humanos em geral⁹⁶⁰. À guisa de ilustração, Fábio Medina Osório leciona que os agentes públicos que, no exercício da função pública, violem direitos fundamentais ficam sujeitos às sanções da Lei de Improbidade Administrativa⁹⁶¹.

No que se refere à observância do art. 68.1 da Convenção Americana, cumpre registrar que é irrelevante para o direito internacional dos direitos humanos se a conduta omissiva foi praticada por agentes do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário de quaisquer das entidades federativas, de modo que a não aplicação do direito externo gerará,

⁹⁵⁷ Ibidem, p. 377.

⁹⁵⁸ Ibidem, p. 382.

⁹⁵⁹ Ibidem, p. 382; suprimimos.

⁹⁶⁰ Ibidem, p. 383.

⁹⁶¹ OSÓRIO, op. cit., 2013 p. 315. No mesmo sentido é o entendimento de Tarcísio Henriques Filho (HENRIQUE FILHO, Tarcísio. **Improbidade administrativa ambiental**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010) e de Ney de Barros Bello Filho (BELLO FILHO, Ney de Barros. Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa à atuação da administração ambiental brasileira. **Revista de Direito Ambiental**, v. 5, n. 18, p. 57-79, abr./jun., 2000).

independentemente da divisão político-administrativa do Estado, a responsabilização internacional do Brasil⁹⁶².

As condutas omissivas dos agentes públicos brasileiros, sejam eles agentes políticos ou servidores públicos dos diversos níveis hierárquicos, consistentes no inadimplemento das sentenças do Tribunal Interamericano, comprometem o Brasil na esfera política internacional, uma vez que o país poderá ser censurado política e moralmente pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, afetando a sua idoneidade moral nas relações internacionais.

Sendo assim, o agente público que não cumpre as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos causa, em razão da sua omissão, danos ao patrimônio moral e político da República Federativa do Brasil porque, conforme dito alhures, o inadimplemento dos julgados interamericanos gera nova responsabilidade internacional do Estado brasileiro, mediante a aplicação de censura moral e política (*blame and shame*) no âmbito da Organização dos Estados Americanos, incorrendo, destarte, na prática de ato de improbidade administrativa que importa prejuízo ao patrimônio público tipificado no art. 10 da Lei N.º 8.429/92.

Por fim, a violação dos princípios regentes da Administração Pública consubstanciará ato de improbidade administrativa, ainda que da conduta comissiva ou omissiva não resulte dano ao patrimônio público, haja vista que o art. 21, inciso I, da Lei N. 8.429/92 é claro ao afirmar que aplicação das sanções previstas na lei independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento, não sendo, portando, o prejuízo pressuposto imprescindível da punição⁹⁶³.

O art. 11 da Lei N.º 8.429/92 tipifica os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, sendo que os princípios honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, narrados no *caput* do art. 11 da mencionada lei são exemplificativos, configurando-se ato de improbidade administrativa a violação de outros princípios da Administração Pública previstos na Constituição Federal ou em norma infraconstitucional.

O art. 4º da supracitada lei estatui que “[...] os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afeto [...]”, dever

⁹⁶² VARELLA, op. cit., 2012, p. 407-408.

⁹⁶³ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 398.

jurídico esse complementado pelos dispositivos normativos do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa⁹⁶⁴.

Dentre as condutas consideradas atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios regentes da Administração Pública, destaca-se, para os fins dessa pesquisa de doutoramento, o tipificado no inciso II do art. 11 da Lei N. 8.429/92 consistente em “[...] retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.

O ato de ofício é aquele inerente às atividades funcionais do agente público, cujo exercício é obrigatório. Waldo Fazzio Júnior ressalta que ato de ofício “[...] é expressão que significa ato que deve ser praticado pelo agente público em razão de suas atribuições; é ato de competência”⁹⁶⁵. A improbidade administrativa se caracterizará, dessa forma, quando o agente estatal retardar ou deixar, indevidamente, de praticar ato certo e determinado inserido no âmbito de suas atribuições normativas, eis que ele não poderá ser responsabilizado pela omissão ou procrastinação de ato cuja prática é da competência de outrem⁹⁶⁶.

A responsabilização não emergirá, por outro lado, se a omissão ou o retardo na prática do ato não foi indevido, ou seja, se a falta decorrer de justificativas ou obstáculos razoáveis porque, neste tipo específico, sanciona-se o mau comportamento do agente público omissivo ou desidioso⁹⁶⁷. É curial perceber que os agentes públicos têm o dever funcional geral de exercer suas funções com zelo, presteza e dedicação, fruto do princípio constitucional da eficiência, motivo pelo qual a “[...] ausência de justificação, em realidade, é encarada como odioso capricho do administrador público, de tal forma que incide a respectiva censura ao seu comportamento”⁹⁶⁸. Vale dizer, sem escusa legítima e aceitável, o agente omissivo ou desidioso poderá incorrer no tipo do art. 11, inciso II, da Lei N. 8.429/92⁹⁶⁹.

Por outro lado, é evidente que a Lei de Improbidade Administrativa não se presta a punir qualquer conduta desidiosa dos servidores estatais, facilmente sancionáveis no âmbito da responsabilidade administrativa-disciplinar, mas somente aquelas omissões que revestam de especial gravidade⁹⁷⁰, o que é o caso em relação ao descumprimento das obrigações

⁹⁶⁴ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 387.

⁹⁶⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 324.

⁹⁶⁶ *Ibidem* – idem.

⁹⁶⁷ OSÓRIO, op. cit., 2013, p. 341.

⁹⁶⁸ *Ibidem* - idem.

⁹⁶⁹ DECOMAIN, op. cit., 2014, p. 179.

⁹⁷⁰ GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: breve estudo jurisprudencial a partir do princípio da insignificância. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, abr. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=78648>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

internacionais relativas à proteção e promoção dos direitos humanos, inclusive as impostas pelos Tribunais Internacionais.

A República Federativa do Brasil é obrigada, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a cumprir espontânea, imediata e integralmente as sentenças da Corte Interamericana, cuja implementação se fará de acordo com a repartição constitucional de competências estabelecida pelo direito interno.

A Corte Interamericana tem fundamental importância na defesa dos direitos humanos na América Latina, eis que, ao reconhecer que um Estado violou um direito protegido na Convenção Americana ou, nos casos justiciáveis, no Protocolo de San Salvador, determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, ordenando-se, ainda, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada, visando, com isso, a assegurar a maior efetividade possível dos direitos humanos nas Américas.

O descumprimento das decisões da Corte Regional não se configura “mera” desídia do agente público brasileiro porque os seus efeitos são particularmente graves, na medida em que acarreta novas sanções internacionais ao Estado brasileiro, justamente por violação de seus compromissos externos, e obstaculiza a máxima proteção dos direitos humanos no Brasil⁹⁷¹, e a implementação efetiva das sentenças da Corte Interamericana, com a consequente reparação integral das violações de direitos humanos, torna real a tutela internacional de tais direitos na região⁹⁷².

Desse modo, o agente público que não cumpre ou protela, sem motivo escusável, o adimplemento das obrigações internacionais impostas pelo Tribunal Regional, ainda que não vise a enriquecer-se ilicitamente, causar dano ao patrimônio público ou satisfazer interesse ou sentimento pessoal, comete ato de improbidade administrativa⁹⁷³.

⁹⁷¹ RAMOS, André de Carvalho. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil In: CASELLA, Paulo Borba; MEIRELLES, Elisabeth de Almeida e; POLIDO, Fabrício B. Pasquote. SOARES, Guido Fernando Silva (Orgs.). **Direito internacional, humanismo e globalidade**: Guido Fernando Silva Soares: Amicorum Discipulorum Liber. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 451-468, p. 468.

⁹⁷² KRSTICEVIC, op. cit., 2009, p. 15.

⁹⁷³ É importante registrar que os tribunais pátrios, inclusive do Superior Tribunal de Justiça (RESP 111425/SP, Rel. Min. Castro Meira, DJe 05.08.20130, reconhecem que o descumprimento de decisão judicial proferida por órgão do Poder Judiciário brasileiro constitui ato de improbidade administrativa tipificado no art. 11, inciso II, da Lei N.º 8.429/1992. Veja-se, por exemplo:

REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. CARÁTER PERMANENTE DAS FUNÇÕES. AFASTAMENTO DOS CONTRATADOS NÃO OBSERVADO NO PRAZO ESTABELECIDO. CONDUTA EVIDENCIADORA DE ATO DE IMPROBIDADE. PRÁTICA DO TIPO PREVISTO NO ART. 11, DA LEI nº 8.429/09. MULTA E PENA DE SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS. REDUÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PENA DECOTADA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

Em suma: descumprir ordem judicial emanada da Corte Interamericana de Direitos Humanos caracteriza ilícita omissão do agente público brasileiro e, portanto, ato de improbidade administrativa porque as consequências da conduta são graves e especialmente danosas para a República Federativa do Brasil, para as vítimas que não têm reparados os danos sofridos e à sociedade brasileira em geral. Se da omissão ou do retardamento na implementação das decisões do Tribunal Internacional sobrevier enriquecimento ilícito ou dano ao patrimônio público, a conduta negativa do agente público se enquadrará no art. 9º e no art. 10, *caput*, da Lei n. 8.429/92, respectivamente.

4.2.4 Elemento Subjetivo: Dolo ou Culpa

A responsabilização no âmbito do direito sancionador era inicialmente objetiva, que não exigiria dolo ou culpa da conduta sancionável⁹⁷⁴. Entretanto, tem-se admitido, atualmente, a aplicação dos princípios constitucionais relativos ao direito sancionatório penal, dentre os quais o da culpabilidade, aos processos administrativos e às ações de improbidade, como corolário lógico do Estado de Direito e da efetiva proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos⁹⁷⁵.

- Considerando a abrangência e generalidade do art. 11, da Lei nº 8.429/92, ao estabelecer como ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública "qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições", compete ao Julgador interpretá-lo com cautela, a fim de se evitar radicalismos, impedindo a abrangência de situações que, apesar de ilegais ou irregulares, não detém o status de improbidade.

- A caracterização da hipótese prevista no artigo 11, da Lei nº 8.429/09, depende da comprovação do dolo do agente ou, pelo menos, do dolo genérico, é dizer, a vontade manifesta de praticar ato contrário aos princípios da Administração Pública.

- **O descumprimento de decisão judicial transitada em julgado configura prática de ato de improbidade administrativa**, em especial considerando que o gestor municipal tinha ciência das inúmeras ações judiciais intentadas com o escopo de determinar o afastamento dos servidores contratado por prazo determinado para funções burocráticas e que evidenciam o caráter regular e permanente dos atos a serem praticados, além do fato de que a mencionada irregular perdurava há mais de vinte anos.

- Considerando que restou comprovada a prática de atos de improbidade administrativa pelo recorrente, conclui-se pela necessidade de reforma da sentença para que seja reduzida a sanção de suspensão dos direitos políticos - anteriormente estabelecida em 06 (seis) anos - para o prazo de 03 (três) anos, além de condenação ao pagamento de multa fixada no exato valor do dano suportado pela municipalidade, a ser apurada em liquidação de sentença. (TJMG – Apelação Cível 1.0481.16.014436-8/001, Rel. Des. Moacyr Lobato, DJ 19.09.2018, sem destaque no original).

⁹⁷⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de direito administrativo**. vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 202.

⁹⁷⁵ BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=78333>. Acesso em 30 de dezembro de 2017. No mesmo sentido ver: ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, op. cit., 2014, p. 192-193.

O princípio da culpabilidade tem como principal efeito a exigência de dolo ou culpa para que o Estado possa impor uma sanção a terceiros⁹⁷⁶. Destarte, não se admite a imputação de responsabilidade jurídica de um resultado gravoso sem o elemento subjetivo do agente causador do dano, salvo nos casos taxativamente previstos no ordenamento jurídico de responsabilidade objetiva⁹⁷⁷.

A responsabilização por ato de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo⁹⁷⁸, aplicando-se à teoria dos atos de improbidade administrativa a regra do art. 18, parágrafo único, do Código Penal que ressalva que “[...] salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Assim, o agente público somente responderá por ato de improbidade administrativa se agiu com dolo ou, unicamente no caso de dano ao patrimônio público, com culpa.

A natureza do elemento subjetivo exigido para a caracterização do ilícito dependerá do resultado decorrente da conduta perpetrada pelo agente ímprobo, eis que a Lei de Improbidade Administrativa, ao estabelecer indiscutivelmente a responsabilidade subjetiva do agente público, exige o dolo nos tipos dos artigos 9º, 10 e 11 e permite tão somente a responsabilidade a título de culpa nas hipóteses do art. 10 (dano ao patrimônio público), uma vez que somente este dispositivo se refere à ação ou omissão dolosa ou culposa por parte do agente estatal⁹⁷⁹. Então, para a configuração do ato de improbidade administrativa é necessário que a atuação do agente público seja dolosa, bastando a culpa somente nos casos que importam dano ao patrimônio público.

O dolo para a responsabilização por ato de improbidade administrativa “[...] é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo”⁹⁸⁰. Assim, o elemento subjetivo doloso do agente estatal brasileiro se revelará sempre que ele não cumprir, de livre e espontânea vontade, as decisões proferidas pela Corte Interamericana contra o Brasil, independentemente de má-fé⁹⁸¹, eis que a formação de uma cultura voltada à promoção e à proteção dos direitos humanos na esfera interna perpassa necessariamente pela

⁹⁷⁶ MELLO, op. cit., 2007, p. 184.

⁹⁷⁷ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 398.

⁹⁷⁸ DI PIETRO, op. cit., 2015, pág. 990.

⁹⁷⁹ DI PIETRO, op. cit., 2015, pág. 990.

⁹⁸⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 135.

⁹⁸¹ O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico (STJ - AgInt no AREsp 1252908/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 12.11.2018).

efetividade dos julgados interamericanos, não se admitindo, como já ressaltado, omissão ou indiferença das autoridades nacionais e, portanto, desprezo por seus deveres constitucionais e internacionais.

O agente público nacional que deixar de atender as obrigações impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Estado brasileiro incorrerá na prática de ato de improbidade administrativa, sujeitando-se, portanto, as sanções cominadas no art. 12 da Lei N. 8.429/92, que tem a seguinte redação:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A teoria jurídica desenvolvida a partir dos anos 1960 praticamente ignorou a dimensão coercitiva do direito e a importante função que a sanção exerce no sistema jurídico, particularmente influenciada pelo pensamento hartiano⁹⁸². O papel da coerção, entretanto, não

⁹⁸² CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. **Repensando as sanções**: uma análise interdisciplinar do fenômeno punitivo. Rio de Janeiro, 2013. 95p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

pode ser simplesmente deixado de lado pela teoria do direito, uma vez que muitas pessoas obedecem a lei por causa das consequências negativas que possam sofrer em caso de desobediência.

Como bem colocado por Frederick Schauer, a característica mais visível do direito é que ele obriga as pessoas a adotarem condutas que elas não desejariam realizar. Entretanto, o direito possui mecanismos para compelir as pessoas a moldarem suas condutas de acordo com as normas jurídicas vigentes, como, por exemplo, a sanção⁹⁸³. É verdade que existem pessoas que cumprem espontaneamente o direito, ainda que seja contrário aos seus interesses privados, mas, no geral, as pessoas somente fazem aquilo que desejam ou que atenda aos seus interesses particulares, salvo se alguma força externa os obrigue a realizar o contrário⁹⁸⁴.

Para Mauricio García-Villegas, o fenômeno do desrespeito à legislação é resultado de incentivos para não a cumprir, que se originam, dentre outros fatores, da incapacidade institucional do Estado para punir os infratores, funcionando a ausência de sancionamento efetivo como um importante elemento catalisador para a violação das normas jurídicas⁹⁸⁵. Não é por outro motivo, que a força coercitiva do direito é necessária para a própria efetividade das normas jurídicas, eis que, reforce-se, a regra é que “[...] em cenários em que não há punição, as pessoas tendem a agir de forma egoística e buscam sempre o melhor resultado possível para si[...]”⁹⁸⁶, ainda que para tanto tenham que descumprir a legislação.

A inobservância das normas jurídicas decorre, dentre outros motivos, por fatores utilitaristas, no sentido de que o infrator calcula, racional e egoisticamente, os custos e os benefícios do inadimplemento, o que seria especialmente catalisado com a falta de sanções eficazes para os casos de violação das regras e dos princípios⁹⁸⁷. Veja-se:

A constatação é a de que as pessoas tendem a agir de modo diferente, ou seja, em contrariedade ao Direito, se com ele não concordam e não há sanção que busque efetivá-lo. A coerção, ainda, é vital para definir padrões de conduta tanto do cidadão como autoridades estatais, ainda que seus atos fujam da legalidade com a melhor das intenções, pois isto significaria uma indesejada discricionariedade⁹⁸⁸.

⁹⁸³ SCHAUER, Frederick. **The force of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015, p. 01.

⁹⁸⁴ SCHAUER, op. cit., 2015, p. 05.

⁹⁸⁵ GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Los incumplidores de reglas. In: GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio (dir.). **Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Dejusticia, 2009, p. 237-282, p. 242.

⁹⁸⁶ CHRISMANN, op. cit., 2013, p. 48.

⁹⁸⁷ OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. A legitimidade das leis e das instituições de justiça na visão dos brasileiros. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**, São Carlos, v. 7, n. 2, jul./dez. 2017, pp. 275-296, p. 282.

⁹⁸⁸ PUGLIESE, William Soares; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. The force the law, de Frederick Schauer. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 2, p. 249-253, maio/ago. 2015, p. 250.

Além disso, o indivíduo pode obedecer à legislação movido por diversos fatores, distintos da ameaça de punição, como, por exemplo, questões de natureza moral (reprovação ética da conduta pelo próprio agente) ou questões pessoais (receio de má reputação)⁹⁸⁹. Os norte-americanos cumprem, por exemplo, as leis não porque temem punições, mas porque acreditam na legitimidade das leis e das ordens emanadas das autoridades e das instituições legais do país⁹⁹⁰. Por isso, o temor à sanção não é, evidentemente, o único fator motivacional de obediência às normas jurídicas pelos sujeitos de direito⁹⁹¹, mas, sem dúvidas, “la amenaza de la sanción cumple un papel fundamental en el Estado: no sólo disuade a los vivos de que incumplan, sino que los domestica, los acostumbra a respetar las normas sin que ello obedezca a un cálculo estratégico”⁹⁹².

Nesse cenário, a aplicação da pena não deve ser encarada unicamente como uma medida retributiva ou de vingança ao agente público ímprobo, pois possui um caráter predominantemente preventivo⁹⁹³. A esse propósito,

A razão de ser da sanção não reside no prejuízo a ser causado o infrator, e sim na necessidade de dissipação da intranquilidade gerada, com a conseqüente restauração da soberania do direito, principal alicerce da segurança que deve reinar nas relações sociais. A proporção que deve existir entre o ilícito e a sanção deve ser correlata à existente entre as forças morais presentes no temor causado aos cidadãos e no lenitivo que será utilizado para tranquiliza-los⁹⁹⁴.

O jurista italiano Norberto Bobbio sustenta que o termo “sanção” possui na linguagem jurídica dois significados: a) um técnico, próprio do direito constitucional, correspondendo ao ato de concordância do Chefe do Poder Executivo com a lei aprovada pelo Parlamento; e b) um geral, comum à linguagem moral e às ciências sociais, que no Direito significa uma medida prevista pelo próprio ordenamento jurídico para reforçar a observância das normas jurídicas e, eventualmente, corrigir os efeitos decorrentes da sua desobediência⁹⁹⁵. Assim, a punição é um expediente utilizado pelos sistemas normativos para obter a máxima

⁹⁸⁹ TYLER, Tom R. **Why people obey the law**. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p.03-04.

⁹⁹⁰ OLIVEIRA; CUNHA, op. cit., 2017, p. 280. No mesmo sentido, TYLER, op. cit., 2006.

⁹⁹¹ ZANITELLE, Leandro Martins. Motivação para obediência e o debate regras versus princípios. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 93-114, jan./jun. 2015, p. 94.

⁹⁹² “A ameaça da sanção cumpre um papel fundamental no Estado: não só dissuade os vivos de violar as normas, mas os domestica, os acostuma a respeitar as regras sem que isso se deva a um cálculo estratégico” (GARCÍA-VILLEGAS, op. cit., 2009, p. 271, tradução nossa).

⁹⁹³ BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=78333>. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

⁹⁹⁴ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 579.

⁹⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Sanzione. Novissimo Digesto Italiano**. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1968, p. 04.

observância de suas normas ou, dito de outra forma, para impedir ao máximo o seu incumprimento, servindo, assim, como uma medida preventiva ou sucessiva à violação do direito⁹⁹⁶.

Os ordenamentos jurídicos preveem medidas de encorajamento e desencorajamento com o escopo de reforçar o cumprimento das normas jurídicas e são exclusivamente psicológicas porque são formas de pressão exercidas sobre a consciência mental da pessoa⁹⁹⁷. Segundo Norberto Bobbio,

[...] la tipica tecnica dello scoraggiamento consiste nella rappresentazione delle conseguenze spiacevole di un'infrazione, così come la tipica tecnica dell'incoraggiamento consiste nella rappresentazione delle conseguenze gradevoli dell'osservanza⁹⁹⁸.

Note-se que a sanção não é propriamente a medida de desencorajamento, mas sim a perspectiva da aplicação da pena⁹⁹⁹. As sanções são importantes mecanismos de incentivo para a ação ou inação desejada pelo direito. Inclusive, Scott Shapiro reconhece a importante função da punição para o ordenamento jurídico, ao afirmar que:

Sanctions, in other words, are only one kind of tool that the law may use to motivate behavior. Duties are another; rewards yet a third type. A general theory about the nature of law must adequately represent all of the techniques that the law has at its disposal and not myopically privilege one to the exclusion of all others¹⁰⁰⁰.

A coerção é uma fonte importante de eficácia do direito e, por consequência, de realização dos seus fins¹⁰⁰¹, na medida em que a tomada de decisão das pessoas pode ser influenciada pelas normas jurídicas punitivas, embora se reconheça que as decisões possam ser tomadas por outros motivos. Por isso, defende-se que a sanção é uma ferramenta que tem

⁹⁹⁶ Ibidem, p. 06.

⁹⁹⁷ Ibidem, p. 11.

⁹⁹⁸ A típica técnica de desencorajamento consiste na representação de consequências negativas de uma infração, assim como a típica técnica de encorajamento consiste na representação de consequências positivas da observância. (BOBBIO, op. cit., 1968, p. 11, tradução do autor).

⁹⁹⁹ MAGALHÃES E GERRA, Marcel Vitor de. Sanção na Teoria do Direito de Bobbio: pesquisa enriquecida por apontamentos extraídos de ensaio inédito no Brasil, Sanzione, cedido pela família do autor ao Centro de Estudos Norberto Bobbio, em São Paulo. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 5.025-5.047, 2008, p. 5.031.

¹⁰⁰⁰ Sanções, em outras palavras, são apenas um tipo de ferramenta que o direito pode usar para motivar comportamentos. Deveres são outros; recompensas ainda um terceiro tipo. Uma teoria geral sobre a natureza do direito deve representar adequadamente todas as técnicas que o direito tem à sua disposição e não privilegiar de forma míope uma, excluindo todas as outras. (SHAPIRO, Scott J.. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, pos. 995-1001. *Kindle*, tradução nossa).

¹⁰⁰¹ SCHAUER, op. cit., 2015, p. 52.

o potencial de induzir ações ou omissões das pessoas com o objetivo de se cumprir as finalidades desejadas pela norma jurídica¹⁰⁰².

As pessoas podem obedecer à legislação por diversos motivos, sacrificando, inclusive, seus próprios desejos e interesses pessoais. Porém, não existem pesquisas empíricas que demonstram seguramente que a maioria dos indivíduos cumpre voluntariamente as normas jurídicas, ainda que estas afetem negativamente seus interesses particulares ou que sejam contrárias ao julgamento pessoal acerca da correção moral ou política da decisão jurídica¹⁰⁰³.

O direito sem coerção é praticamente ineficaz, eis que as taxas de descumprimento da legislação são muito maiores naqueles casos de proibições ou obrigações jurídicas desprovidas de sanção¹⁰⁰⁴, ou seja, a obediência à lei, independentemente da perspectiva da punição, é mais incomum do que se imagina¹⁰⁰⁵. Aliás, segundo pesquisa realizada por Fabiana Luci de Oliveira e Luciana Gross Cunha, as infrações pelas quais os brasileiros acham mais provável serem punidos, são as que foram menos realizadas pelos entrevistados, demonstrando-se, assim, uma correspondência inversa entre o comportamento de desobediência e a percepção do risco de sanção¹⁰⁰⁶.

Por essas razões, Federick Schauer sustenta que as sanções são extremamente importantes para garantir o cumprimento do direito e, desse modo, coibir, na medida do possível, comportamentos ilícitos fundados, por exemplo, em motivações egoístas ou em erros de percepção ou de interpretação da própria norma. A propósito:

And thus in a environment in wichi genuine and sanction-independent obedience is rare, coercion through the threat of sanctions emerges as the principal mechanism for securing the obedience that turns out to be so often necessary. Even if, contra Austin, sanctions are not an essential component of the very idea of legal obligation, they seems nonetheless crucial in promoting a motivation to obey and thus in promoting compliance with law.¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰² DELGADO, Pablo Soto. Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. **Revista Ius et Praxis**, Talca, ano 22, n. 2, p. 189-226, 2016, p. 197.

¹⁰⁰³ SCHAUER, op. cit., 2015, p. 98.

¹⁰⁰⁴ Ibidem, p. 65-66.

¹⁰⁰⁵ Ibidem, p. 75.

¹⁰⁰⁶ OLIVEIRA; CUNHA, op. cit., 2017, p. 288-289.

¹⁰⁰⁷ Assim, em um ambiente em que a obediência genuína e independente da sanção é rara, a coerção através da ameaça de sanções surge como o principal mecanismo para assegurar a obediência que acaba por ser tão necessária. Mesmo que, contra Austin, as sanções não sejam um componente essencial da própria idéia de obrigação jurídica, elas parecem, não obstante, cruciais para promover uma motivação para obedecer e, assim, promover o cumprimento da lei. (SCHAUER, op. cit., 2015, p. 75, tradução nossa).

A sanção funciona como um instrumento que tem por finalidade fazer com que o direito se cumpra, evitando-se, por consequência, a violação das normas jurídicas¹⁰⁰⁸. Alice Voronoff leciona que a sanção não é simplesmente uma consequência do ilícito, mas também instrumento a serviço de valores e objetivos previstos na legislação e almejados pela sociedade, produzindo efeitos prospectivos, com o escopo de assegurar e promover a conformação de condutas, conduzindo o comportamento das pessoas em direção aos objetivos perseguidos pelo Direito¹⁰⁰⁹.

A coerção tem, destarte, um importante papel para a execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos porque serve de fator motivacional à obediência do art. 68.1 do Pacto de San José da Costa Rica e, por consequência, para o cumprimento voluntário das decisões internacionais. Ora, os agentes públicos podem cumprir as regras e os princípios jurídicos com o intuito único de apenas cumprir a lei, auferir prestígio ou promoção profissional, mas, outros somente observarão as normas jurídicas pelo simples receio da punição¹⁰¹⁰.

Com efeito, em relação ao descumprimento das decisões interamericanas, a inobservância do art. 68.1 do Pacto de San José da Costa Rica pode trazer consequências desagradáveis ao infrator, como a punição por ato de improbidade administrativa, já que tal dispositivo convencional expressa uma ordem ou obrigação ao agente público, servindo, portanto, a perspectiva do sancionamento não somente como uma medida sucessiva punitiva, mas preventiva de intimidação ao servidor público brasileiro.

A sanção é uma consequência da violação da norma jurídica, em razão do insucesso das medidas de desencorajamento e, após a sua aplicação, a punição se torna, ela própria, uma nova motivação de desincentivo para o infrator e para os outros membros do grupo social, para que não repitam a mesma conduta anteriormente praticada e punida¹⁰¹¹, eis que a ameaça de penalização é o fundamento das medidas preventivas de desestímulo¹⁰¹². Então, as punições “[...] são elas próprias ameaçadoras, apresentando, na prática, uma função psicológica”¹⁰¹³.

Reitere-se que é verdade que nem sempre a observância das normas jurídicas decorre

¹⁰⁰⁸ YEUNG, Karen. Quantifying regulatory penalties: australian competition law penalties in perspective. **Melbourne University Law Review**, Melbourne, vol. 23, n. 2, p. 440-475 1999. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/1999/18.html>. Acesso em 24 de fevereiro de 2019.

¹⁰⁰⁹ VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificacão, interpretaçã e aplicaçã**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 104-106.

¹⁰¹⁰ SCHAUER, op. cit., 2015, p. 41.

¹⁰¹¹ BOBBIO, op. cit., 1968, p. 18.

¹⁰¹² Ibidem, p. 17.

¹⁰¹³ MAGALHÃES E GERRA, op. cit., 2008, p. 5.032.

do temor da pena, uma vez que há o cumprimento voluntário das regras e dos princípios. Porém, a eficácia das normas jurídicas é alcançada, em última instância, por meio das sanções, pois estas são instrumentos que se destinam a assegurar o cumprimento do Direito¹⁰¹⁴.

Em suma, “[...] the threat of unpleasant consequences if the subject does not behave in a particular way is still the principal weapon in law’s coercive arsenal”¹⁰¹⁵, embora se reconheça que a adoção de um sistema de punições não é perfeita, uma vez que atos ilícitos continuam sendo praticados e a sanção pode, em alguns casos, enfraquecer a própria normatividade, ao produzir o efeito inverso ao pretendido pela legislação, o que seria o caso de uma multa pecuniária, que precifica o cumprimento da norma jurídica¹⁰¹⁶. Por isso, a existência de sanções não exclui a possibilidade de adoção de outros mecanismos de dissuasão ou coerção, tais como a suspensão de direitos, apreensão de passaporte etc.¹⁰¹⁷.

A ausência de instrumentos coercitivos eficazes no âmbito da jurisdição contenciosa do Sistema Interamericano de Direito Humanos torna-a dependente do sistema jurídico nacional, na medida em que não se pode ignorar que o direito doméstico tem uma dimensão coercitiva e é justamente “the presence of unavoidable coercive power is what is typically behind the very phrase ‘the force of law’ and behind the ordinary citizen’s belief that coercion is central to the very idea of law”¹⁰¹⁸.

Assim, a efetividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos perpassa necessariamente pela possibilidade de infligir ao agente público omissivo uma medida punitiva prevista no ordenamento jurídico brasileiro, como as sanções cominadas na Lei de Improbidade Administrativa. Registre-se que aqui não se abraça a concepção de Direito, formulada por John Austin, segundo a qual o Direito é uma ordem acompanhada de uma ameaça, isto é, as normas jurídicas seriam comandos que expressam um dever de ação ou de abstenção reforçada pela ameaça de um mal em caso de descumprimento¹⁰¹⁹, uma vez que é

¹⁰¹⁴ Ibidem, p. 5.035.

¹⁰¹⁵ A ameaça de consequências desagradáveis se o sujeito não se comportar de uma maneira particular ainda é a principal arma do arsenal coercitivo do direito. (SCHAUER, op. cit., 2015, p. 124, tradução nossa).

¹⁰¹⁶ CHRISMANN, op. cit., 2013, p. 53.

¹⁰¹⁷ O objetivo da presente pesquisa é abordar a possibilidade da punição do agente público brasileiro por ato de improbidade administrativa decorrente do descumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que, obviamente, não exclui a possibilidade do uso de outros instrumentos jurídicos existentes no sistema normativo nacional para tornar efetivas as decisões internacionais.

¹⁰¹⁸ A presença inevitável de poder coercitivo é o que está tipicamente por trás da própria frase “a força do direito” e por trás da crença do cidadão comum de que a coerção é fundamental para a própria ideia de lei. (SCHAUER, op.cit., 2015, p. 165, tradução nossa).

¹⁰¹⁹ PUGLIESE, William Soares; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. “The Province of Jurisprudence Determined”, de John Austin. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, vol. 62, n. 02, p. 295-301, maio/ago. 2017, p. 297-298. Ver também: CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de. John Austin.

corrente que existem na ordem jurídica normas sem sanção e regras e princípios que não impõem deveres¹⁰²⁰.

A proposta é a de que a inobservância do art. 68.1 do Pacto de San José da Costa Rica pelo descumprimento das decisões do Tribunal Interamericano caracteriza ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10, *caput* e no art. 11, inciso II, da Lei N.º 8.429/92, cuja sanção serve de medida não somente punitiva pelo ato ilícito, mas psicológica de encorajamento ao adimplemento das sentenças internacionais ou, sob outro ângulo de observação, de desencorajamento ao incumprimento das decisões interamericanas.

A sanção pela prática do ato de improbidade administrativa exerce importante função preventiva e pedagógica porque tem por finalidade incentivar o cumprimento do Direito e, ao mesmo tempo, desestimular a inobservância das normas jurídicas, incluído o direito internacional dos direitos humanos, pois, segundo a Psicologia, as pessoas aprendem, dentre outras formas, observando-se umas às outras. A esse respeito, a teoria social-cognitiva sobre a aprendizagem observacional, também denominada aprendizagem vicária, aduz que:

[...] todos os fenômenos de aprendizagem resultantes de experiências diretas podem ocorrer numa base vicariante, isto é, através da observação de respostas de outras pessoas e de consequências que estas trazem para elas. Essas consequências de respostas podem ser examinadas em termos de punição e recompensa. Assim, a imitação é facilitada quando o modelo, na presença do observador, é recompensado por algum comportamento e sustada quando o modelo é punido. Além disso, se o observador percebe que o modelo receberá quer recompensa ou punição, mesmo que estas não possam ser observadas, ocorrem as mesmas tendências para imitação ou não imitação¹⁰²¹.

A aprendizagem vicária ocorre pela interação social do observador com outras pessoas, ocasião em que os indivíduos repetem comportamentos que julgam positivos incorporando-os às suas práticas habituais ou, os descartam por considerá-los inadequados ou indesejados sem ter que passar pelo processo de tentativa e erro¹⁰²². Sobre esse ponto,

Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/43/edicao-1/john-austin>. Acesso em 15 de fevereiro de 2018.

¹⁰²⁰ Aliás, Herbert Hart escreve sua teoria a partir de uma crítica à teoria jurídica de John Austin, tema que aqui não será abordada porque fugiria aos propósitos da pesquisa de doutoramento. Ver: HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁰²¹ AGUIAR, João Serapião de. Aprendizagem observacional. **Revista de Educação**. PUC-Campinas, v.3, n. 5, p.64-68, novembro 1998, p. 64.

¹⁰²² SALLES, Michelle de Andrade Souza Diniz; VILLARDI, Beatriz Quiroz. Explicitando aprendizagem informal vicária e experiencial na ação de gestores públicos em uma centenária Instituição Federal de Educação

Christiane Kleinübing Godoi e Sandra Ferreira Freitas sustentam que:

Eventos futuros não podem servir como determinantes do comportamento, mas sua representação cognitiva pode ter um forte impacto causal na ação presente. Imagens desagradáveis do futuro mudam nosso comportamento; pela representação simbólica do resultado previsto pessoas podem alterar as conseqüências futuras. A previsão é produto da capacidade de reflexão¹⁰²³.

Logo, a perspectiva da punição pode servir de estímulo para que os agentes públicos nacionais cumpram as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na medida em que “[...] a capacidade para aprender por observação permite as pessoas gerar e regular seus padrões de comportamento[...]”¹⁰²⁴, seja imitando um comportamento que enseje um prêmio ou evitando uma conduta que gere uma sanção.

O regime jurídico sancionador estabelecido pela Lei de Improbidade Administrativa tem uma feição repressiva porque destinada a reprimir o desvio de comportamento de agentes públicos por meio da imposição de penalidade, mas ele tem também um viés preventivo porque a punição dos servidores estatais transgressores atua como fator psicológico de exemplo para os demais, desencorajando-os a descumprir seus deveres funcionais¹⁰²⁵, nos moldes apresentados pela aprendizagem vicária.

A inexistência de instrumentos específicos de cumprimento forçado das decisões internacionais no âmbito da jurisdição do Sistema Interamericano torna a efetividade do ordenamento internacional dependente do sistema jurídico nacional, ou seja, do uso de mecanismos internos de implementação. Afinal, a interdependência entre as ordens jurídicas nacional e internacional, catalisada pela internalização dos instrumentos internacionais de *hard law* ao ordenamento jurídico nacional, permite o manejo das normas nacionais para garantir seu cumprimento na esfera doméstica¹⁰²⁶.

Dentre os instrumentos nacionais de implementação das obrigações internacionais, tem-se a execução dos julgados interamericanos nos moldes estabelecidos pela legislação processual civil brasileira. Porém, a execução judicial das sentenças internacionais tem, isoladamente, pouco efeito prático, fazendo-se mister a utilização de outros instrumentos

Superior brasileira. **Anais do VIII Encontro de Estudos Organizacionais da ANPAD**, p. 1-16, 2014, p. 6. Disponível em: http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2014_EnEO155.pdf. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

¹⁰²³ GODOI, Christiane Kleinübing; FREITAS, Sandra Ferreira. A aprendizagem organizacional sob a perspectiva sócio-cognitiva: contribuições de Lewin, Bandura e Giddens. **Revista de Negócios**, Blumenau, v. 13, n. 4 p. 40-55, Out./Dez. 2008, p. 46.

¹⁰²⁴ GODOI; FREITAS, op. cit., 2008, p. 46.

¹⁰²⁵ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Penas máximas no processo administrativo disciplinar: uma visão neoconstitucionalista do poder vinculado da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 164.

¹⁰²⁶ KOH, Harold Hongju. ¿Por qué las naciones obedecen al derecho internacional?. **Thémis – Revista de Derecho**, Lima, n. 63, p. 11-50, 2013, p. 50.

domésticos para fomentar o cumprimento das obrigações externas.

Diante do exposto, propõe-se que a responsabilização do agente público brasileiro por ato de improbidade administrativa tem a potencialidade de exercer um extraordinário impacto para o aumento do grau de efetividade e de cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos proferidas contra o Brasil porque a ausência de consequências jurídicas diretas para as autoridades nacionais que, dolosa e indevidamente, não implementam tais sentenças serve de estímulo à manutenção do *status quo* de indiferença e desprezo pelo adimplemento das obrigações internacionais.

4.3 CASO FAVELA NOVA BRASÍLIA VS. REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS NACIONAIS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu, em 16 de fevereiro de 2017, sentença em desfavor da República Federativa do Brasil, no caso conhecido como “Favela Nova Brasília”, através da qual declarou a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela violação do direito às garantias judiciais de independência e de imparcialidade da investigação, devida diligência e prazo razoável, do direito à proteção judicial e do direito à integridade pessoal, com respeito às investigações sobre duas incursões policiais, nos anos 1994 e 1995, na citada comunidade, situada no Município do Rio de Janeiro, que resultaram no homicídio de vinte e seis pessoas e em atos de violência sexual contra três mulheres. Ao final, o Tribunal condenou o país de adotar determinadas medidas necessárias para a completa reparação dos danos e de não-repetição. A seguir, apresenta-se o caso.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu, em 19 de maio de 2015, à Corte Interamericana o caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros, denominado “Caso Favela Nova Brasilia”, contra a República Federativa do Brasil, imputando-lhe falhas e morosidade na investigação e punição dos responsáveis pelas supostas execuções extrajudiciais de vinte e seis pessoas no âmbito das incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995, na referida comunidade.

A Comissão aduziu ainda que as mortes foram justificadas pelas autoridades policiais mediante o levantamento de “autos de resistência à prisão”. Além disso, na incursão de 18 de outubro de 1994, três mulheres, duas delas menores, teriam sido vítimas de tortura e atos de violência sexual por parte de agentes policiais. Por fim, a Comissão alegou que a investigação dos referidos fatos teria sido realizada supostamente com o objetivo de estigmatizar e

revitimizar as pessoas falecidas, pois o foco teria sido dirigido à sua culpabilidade e não à verificação da legitimidade do uso da força¹⁰²⁷.

Segundo consta dos autos, em 18 de outubro de 1994, pela manhã, uma incursão policial foi realizada na Favela Nova Brasília por um grupo de quarenta e oito policiais civis e militares de várias delegacias da cidade do Rio de Janeiro. Durante a operação, os policiais invadiram pelo menos cinco casas e começaram a: a) disparar contra os ocupantes e levar os corpos à praça principal da comunidade; ou b) deter ocupantes para levá-los e posteriormente privá-los da vida e depositar seus corpos na praça da comunidade. Em duas das casas invadidas, os policiais interrogaram e cometeram atos de violência sexual contra três jovens, duas das quais eram meninas de quinze e dezesseis anos de idade¹⁰²⁸.

Como resultado dessa incursão, a polícia matou treze residentes do sexo masculino da Favela Nova Brasília, quatro dos quais eram crianças: Alberto dos Santos Ramos, 22 anos (três ferimentos a bala no peito e um no braço esquerdo); André Luiz Neri da Silva, 17 anos (um ferimento a bala nas costas, um na parte esquerda do abdômen, um na mão esquerda, um no pulso direito e um no braço direito); Macmiller Faria Neves, 17 anos (um ferimento a bala na parte de trás da cabeça, um na região temporal esquerda, um no rosto e um no ombro esquerdo); Fábio Henrique Fernandes, 19 anos (oito ferimentos de bala na parte de trás do pescoço, seis ferimentos de bala na parte de trás da perna direita e um ferimento a bala na coxa esquerda); Robson Genuíno dos Santos, 30 anos (dois ferimentos a bala no abdômen e no peito); Adriano Silva Donato, 18 anos (três ferimentos a bala nas costas, na região temporal direita e no braço direito); Evandro de Oliveira, 22 anos (um ferimento a bala nas costas e duas nos olhos - um em cada olho); Alex Vianna dos Santos, 17 anos (dois ferimentos a bala na orelha e no peito); Alan Kardec Silva de Oliveira, 14 anos (dois ferimentos a bala na região temporal direita e na coxa direita); Sérgio Mendes Oliveira, 20 anos (nove ferimentos a bala na boca, no pescoço, no abdômen direito, no ombro esquerdo, na coxa direita, no quadril esquerdo, na nádega direita e dois na nádega esquerda); Ranílson José de Souza, 21 anos (três ferimentos a bala no olho esquerdo, na face esquerda e na parte de trás do crânio); Clemilson dos Santos Moura, 19 anos (dois ferimentos a bala na região temporal direita e um no braço direito); e Alexander Batista de Souza, 19 anos (um ferimento a bala nas costas e dois no ombro direito)¹⁰²⁹.

¹⁰²⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Série C, N.º. 333, par. 01.

¹⁰²⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS., op. cit. 2017, par. 113-115.

¹⁰²⁹ Ibidem, par. 116.

Na outra incursão policial, realizada em 8 de maio de 1995, aproximadamente às seis horas da manhã, um grupo de catorze policiais civis entrou na Favela Nova Brasília, com o apoio de dois helicópteros. A operação supostamente tinha como objetivo deter um carregamento de armas que seria entregue a traficantes de drogas da localidade. De acordo com testemunhas, houve um tiroteio entre policiais e supostos traficantes de drogas, que causou pânico na comunidade. Como resultado dessa incursão policial, três policiais foram feridos e treze homens da comunidade foram mortos. As análises forenses com base nos relatórios de autópsia mostraram numerosos ferimentos a bala no corpo das vítimas, com frequência impactando o peito, perto do coração, e a cabeça. Além disso, documentos provenientes do Hospital Getúlio Vargas indicaram que as treze pessoas chegaram mortas à unidade de saúde¹⁰³⁰.

As pessoas falecidas foram: Cosme Rosa Genoveva, 20 anos (três ferimentos a bala no peito, um no joelho, um no pé e um na coxa); Anderson Mendes, 22 anos (um ferimento a bala na nádega direita e dois na caixa torácica esquerda); Eduardo Pinto da Silva, 18 anos (vários ferimentos a bala no peito); Nilton Ramos de Oliveira Júnior, 17 anos (dois ferimentos a bala no peito); Anderson Abrantes da Silva, 18 anos (um ferimento a bala na região temporal direita); Márcio Félix, 21 anos (um ferimento a bala no peito, dois na coxa superior esquerda, dois nas costas, um no ombro esquerdo, dois no lado direito inferior das costas, um na mão direita e um na mão esquerda); Alex Fonseca Costa, 20 anos (um ferimento a bala no pescoço, um no peito esquerdo, um na coxa superior direita, um no joelho direito); Jacques Douglas Melo Rodrigues, 25 anos (um ferimento a bala na região frontal direita, um no queixo, um na parte superior direita do peito e um no ombro direito); Renato Inácio da Silva, 18 anos (um ferimento a bala na zona temporal esquerda e um no peito); Ciro Pereira Dutra, 21 anos (um ferimento a bala nas costas, perto do ombro esquerdo); Wellington Silva, 17 anos (um ferimento a bala no peito e uma no ombro direito); Fábio Ribeiro Castor, 20 anos (um ferimento a bala no pescoço, dois no peito e um no abdômen); e Alex Sandro Alves dos Reis, 19 anos (dois ferimentos a bala no peito e um no braço esquerdo)¹⁰³¹.

O primeiro inquérito sobre o ocorrido em 18 de outubro de 1994 foi conduzido pela Divisão de Repressão a Entorpecentes (DRE) da Polícia Civil do Rio de Janeiro e registrado no Boletim de Ocorrência N° 523, no mesmo dia da incursão policial. Esse inquérito policial foi autuado sob o número IP N° 187/94 e as mortes foram registradas na categoria de “resistência com morte dos opositores”. No inquérito, foi incluída uma lista das armas e de

¹⁰³⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 2017, par. 117-118.

¹⁰³¹ Ibidem, par. 119.

drogas junto a depoimentos de seis policiais da DRE que participaram da operação, os quais descreveram confrontos contra pessoas armadas. Todos mencionaram que haviam retirado os corpos dos “opositores” do lugar da morte com a intenção de salvar-lhes a vida¹⁰³².

A segunda incursão policial na Favela Nova Brasília foi informada em 8 de maio de 1995 ao delegado encarregado da Delegacia de Repressão a Roubos e Furtos contra Estabelecimentos Financeiros (DRRFCEF) da Polícia Civil do Rio de Janeiro. Nessa mesma data, dois membros da polícia civil participantes da incursão registraram os fatos por meio do Boletim de Ocorrência N° 252/95, qualificando-os como “tráfico de drogas, grupo armado e resistência seguida de morte” e informaram os nomes dos policiais que participaram da incursão. O inquérito policial foi registrado como IP N° 061/95, inicialmente conduzido pela DRRFCEF¹⁰³³.

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, as provas dos autos demonstraram que não houve nenhuma atuação processual relevante entre 1995 e 2002 para a elucidação das mortes decorrentes das atividades policiais na Favela Nova Brasília. E mais, em 15 de dezembro de 2003, o inquérito IP N° 187/94 (iniciado pela DRE) foi renumerado pela COINPOL com o número IP N° 225/03. Entre 22 de janeiro de 2004 e 26 de fevereiro de 2007, foram apresentadas várias solicitações de concessão de prazo para o cumprimento de diligências ordenadas¹⁰³⁴.

Em 14 de agosto de 2009, a autoridade policial emitiu o relatório final, dando conta de que se extinguiu a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva penal do Estado. Em 1º de outubro de 2009, o Ministério Público solicitou o arquivamento do caso “em razão da inevitável extinção de punibilidade pela prescrição” e, em 3 de novembro de 2009, o Juiz da 31ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, baseando-se nas considerações do Ministério Público, determinou o arquivamento do caso relacionado com a chacina de 18 de outubro de 1994.

Em 7 de março de 2013, o Procurador-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, após ser concitado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, solicitou o desarquivamento do inquérito (IP N° 141/94) sobre a incursão ocorrida em 18 de outubro de 1994. Posteriormente, em 16 de maio de 2013, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por meio do Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO), ofereceu denúncia criminal contra seis implicados na operação da Favela Nova Brasília pelo

¹⁰³² Ibidem, par. 120.

¹⁰³³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 2017, par. 130-132.

¹⁰³⁴ Ibidem, par. 138-139.

homicídio das treze vítimas, sendo que ninguém foi punido pelos fatos denunciados e as autoridades públicas jamais realizaram uma investigação sobre fatos relacionados ao abuso sexual¹⁰³⁵.

Com relação à incursão policial de 08 de maio de 1995, em 23 de setembro de 2008, a autoridade policial emitiu relatório final concluindo que “[...] em aproximadamente treze anos de investigação, o que foi coligido aos autos nos remete à ocorrência de um confronto armado que, em consequência da complexidade inerente a uma ‘guerra’, culminou com mortes e pessoas mortas feridas”¹⁰³⁶.

Em 02 de outubro de 2008, os autos do inquérito policial foram enviados ao Ministério Público, que solicitou seu arquivamento em 1º de junho de 2009. Em 18 de junho de 2009, o Juiz da 3ª Vara Criminal decidiu arquivar o processo¹⁰³⁷. Em 09 de julho de 2013, instaurou-se um novo inquérito policial com o objetivo de investigar os fatos ocorridos na intervenção policial de 08 de maio de 1995, que continuava, até a data da sentença interamericana, sem conclusão¹⁰³⁸.

O órgão jurisdicional internacional entendeu ser inaceitável o tempo transcorrido sem nenhuma determinação preliminar sobre a legalidade do uso da força letal por parte da polícia carioca, que resultou na morte de vinte e seis vítimas, e que esse período bastaria para declarar que o Estado é responsável pelas violações dos artigos 8.1 (garantias judiciais) e 25.1 (proteção judicial) da Convenção Americana¹⁰³⁹.

Ressaltou ainda que as investigações policiais foram realizadas pelas mesmas delegacias da Polícia Civil que haviam realizado as operações, as quais foram, ademais, iniciadas mediante “autos de resistência” registrados pelos policiais que haviam participado das incursões, em observância da prática de registrar todas as mortes causadas pela polícia como legítimas, e frequentemente utilizadas para transferir a responsabilidade da polícia às vítimas, o que caracteriza, devido à falta de independência das autoridades encarregadas das investigações e em virtude da natureza tendenciosa das investigações policiais, violação aos artigos 8.1 e 25.1 do Pacto de San José da Costa Rica¹⁰⁴⁰.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu, por ocasião do julgamento final, que os Estados Partes são obrigados a oferecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos (artigo 25), recursos cuja tramitação observará as regras do

¹⁰³⁵ Ibidem, par. 144-148.

¹⁰³⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 2017, par. 154.

¹⁰³⁷ Ibidem, par. 155.

¹⁰³⁸ Ibidem, par. 156 e 159.

¹⁰³⁹ Ibidem, par. 162.

¹⁰⁴⁰ Ibidem par. 163.

devido processo legal (artigo 8.1), tudo isso em conformidade com a obrigação geral, a cargo dos próprios Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (artigo 1.1), o que envolve o dever de investigar com seriedade e imparcialidade casos envolvendo execuções extrajudiciais¹⁰⁴¹.

A esse respeito, a Corte considerou que o elemento essencial de uma investigação penal sobre uma morte decorrente de intervenção policial é a garantia de que o órgão investigador seja independente dos agentes envolvidos no incidente, o que implica a ausência de relação institucional ou hierárquica e, assim, nas hipóteses de supostos crimes graves em que *prima facie* apareçam como possíveis acusados membros da polícia, a investigação deve ser atribuída a um órgão independente e diferente da força policial envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnicos em criminalística e pessoal administrativo, alheios ao órgão de segurança a que pertençam o possível acusado ou acusados¹⁰⁴².

A Corte entendeu também que as investigações dos fatos de ambas as incursões policiais, de outubro de 1994 e de maio de 1995, na Favela Nova Brasília, terem começado com o levantamento de “autos de resistência à prisão” para registrar as mortes daqueles que haviam perdido a vida durante os eventos, o que, segundo as provas dos autos, impactou negativamente toda a investigação, com consequências que perduraram ao longo do tempo e que foram determinantes para inexistência de êxito das investigações¹⁰⁴³.

O conjunto probatório dos autos demonstrou ainda que os “autos de resistência” são normalmente classificados desde o primeiro momento como a ocorrência de um confronto que teve como resultado a morte de uma pessoa, ou seja, parte-se do pressuposto de que o policial respondeu proporcionalmente a uma ameaça ou agressão por parte da vítima e que, quando uma morte é classificada com “autos de resistência”, raramente é investigada com diligência; pelo contrário, as investigações costumam criminalizar o ofendido e, muitas vezes, são conduzidas com o propósito de determinar o crime que supostamente a pessoa que morreu havia cometido¹⁰⁴⁴.

Durante o processo, verificou-se que o Brasil reconheceu perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1996, que era preciso tomar medidas para acabar com a impunidade das violações de direitos humanos atribuídas a autoridades policiais, provocadas

¹⁰⁴¹ Ibidem, par. 174 e 177.

¹⁰⁴² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. op. cit., 2017, par. 187.

¹⁰⁴³ Ibidem, par. 192.

¹⁰⁴⁴ Ibidem, par. 194.

por um funcionamento excessivamente lento dos engrenagens da justiça, fruto, por sua vez, em muitas ocasiões, da incapacidade dos estados de realizar uma investigação policial eficiente¹⁰⁴⁵.

As mortes ocorridas durante as intervenções policiais são registradas como legítima defesa; não obstante isso, da autópsia das vítimas comumente decorre que elas morrem por disparos recebidos em regiões vitais do corpo, sendo que o Comitê de Direitos Humanos mostrou preocupação com os casos de execuções sumárias e arbitrárias cometidas por forças de segurança e “esquadrões da morte” no Brasil, dos quais, com frequência, participavam membros das forças de segurança, contra pessoas pertencentes a grupos especialmente vulneráveis¹⁰⁴⁶.

Constatou-se ainda a existência de dificuldades para que os casos de execuções sumárias e arbitrárias decorrentes da atividade policial sejam investigados de maneira adequada e, com frequência, ficam impunes e que um dos elementos que dificultam as investigações são os chamados formulários de “resistência à prisão”, os quais são emitidos antes da abertura da investigação relativa a um homicídio cometido por um agente policial. Antes de investigar e corroborar a conduta policial, em muitas das investigações se realiza uma apuração a respeito do perfil da vítima falecida e se encerra o caso por considerar que era um possível criminoso¹⁰⁴⁷.

A Corte Interamericana considerou ainda que ocorreu uma demora injustificada no desenvolvimento do processo como consequência, principalmente, da falta de ação das autoridades, o que provocou longos períodos de inatividade nas investigações. Ademais, entendeu que o prolongado decurso de tempo sem avanços substantivos provocou, eventualmente, a prescrição, que foi resultado da falta de diligência das autoridades judiciais sobre as quais recaía a responsabilidade de tomar todas as medidas necessárias para investigar, julgar e, oportunamente, punir os responsáveis¹⁰⁴⁸.

Observou-se que a entidade encarregada de conduzir as investigações era a mesma instituição a cargo da incursão policial de 18 de outubro de 1994, o que não garantiu a independência real da investigação e constituiu um obstáculo significativo para seu avanço, uma vez que os agentes tinham interesse no resultado da apuração e se encontravam diretamente envolvidos nas alegadas execuções extrajudiciais que deviam investigar, ou seja,

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*, par. 104.

¹⁰⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *op. cit.*, 2017, par. 105.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*, par. 106-107.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, par. 204-205.

os mesmos policiais estavam a cargo de uma investigação contra eles próprios ou seus companheiros de delegacia ou de unidade¹⁰⁴⁹.

Por tais questões, a Corte conclui que o Estado brasileiro violou as garantias judiciais previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁰⁵⁰. Além disso, o Tribunal Regional entendeu que o Brasil também violou o art. 25.1 do retro mencionado tratado internacional, uma vez que os familiares das vítimas mortas nas incursões policiais não dispuseram de nenhum recurso ou mecanismo que lhes permitisse obter proteção judicial ante a violação de seus direitos, nem lhes foi oferecido mecanismo algum de reparação frente à execução de seus familiares¹⁰⁵¹.

Ao contrário, a Corte definiu que apesar da gravidade das alegadas execuções de civis cometidas por agentes policiais, a investigação realizada se guiou por uma concepção prévia de que as vítimas haviam morrido em consequência de ações legais por parte dos agentes policiais, preconcepção essa que teve como consequência a subtração da gravidade dos fatos e a normalização do acontecido, provocando a ausência de uma investigação adequada dos fatos, que procedesse à análise do mérito, sendo que o impulsionamento dos casos consistiu unicamente em ações sem relevância processual¹⁰⁵².

O Tribunal chegou a observar que a investigação sobre a incursão de outubro de 1994 foi praticamente inexistente, eis que as poucas diligências conduzidas foram irrelevantes e, por outro lado, a investigação não avançou de maneira alguma para determinar a responsabilidade pelas mortes, o que se traduziu numa verdadeira denegação de justiça em detrimento das vítimas, pois não foi possível garantir-lhes, material e juridicamente, proteção judicial e, apesar da extrema gravidade dos fatos (execuções extrajudiciais), a investigação realizada não chegou a analisar o mérito da questão apresentada e se manteve tendenciosa em razão da concepção prévia de que as vítimas haviam morrido em consequência de suas próprias ações, num contexto de confronto com a polícia¹⁰⁵³.

E mais, o Tribunal Interamericano conclui que o Estado brasileiro violou o direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana, dos familiares das vítimas mortas, uma vez que as omissões e ações dos agentes públicos nacionais acima narradas causaram sofrimento adicional aos familiares das pessoas mortas¹⁰⁵⁴. Enfim, verificou-se nas provas constantes dos autos que, em consequência da falta de investigação,

¹⁰⁴⁹ Ibidem, par. 206.

¹⁰⁵⁰ Ibidem, par. 224 e 231.

¹⁰⁵¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. op. cit., 2017, par. 242.

¹⁰⁵² Ibidem, par. 241.

¹⁰⁵³ Ibidem, par. 236-237.

¹⁰⁵⁴ Ibidem, par. 269 e 274.

juízo e punição dos responsáveis pelas mortes de seus familiares, estes padeceram um profundo sofrimento e angústia, em detrimento de sua integridade psíquica e moral¹⁰⁵⁵.

Segundo a Corte, os familiares das vítimas mortas foram afetadas no desenvolvimento normal de suas atividades diárias e em seu projeto de vida em geral, pois muitos dos membros das famílias dedicaram esses últimos anos a mudar de domicílio, mudar de trabalho, a renunciar à educação para poder trabalhar e assumir responsabilidade em idade precoce, a fim de ajudar na manutenção da família¹⁰⁵⁶.

No tocante às vítimas de violência sexual, o Tribunal Internacional considerou que, em decorrência da completa falta de investigação da violência da qual haviam sido ofendidas, experimentaram sentimentos de angústia e insegurança, bem como frustração, e sofrimento e que a falta de identificação e punição dos responsáveis fez com que a angústia permanecesse por anos, sem que se sentissem protegidas ou reparadas¹⁰⁵⁷.

Finalmente, por todos os fatos acima narrados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou, por unanimidade, que a República Federativa do Brasil é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, do direito às garantias judiciais de independência e imparcialidade da investigação, devida diligência e prazo razoável e do direito à proteção judicial, estabelecidos nos artigos 5.1, 8.1 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, respectivamente. Por isso, condenou o Brasil a reparar integralmente as violações de direitos humanos.

Trata-se de decisão internacional definitiva e inapelável, que independe de homologação do Superior Tribunal de Justiça para a produção de efeitos jurídicos concretos no âmbito nacional, cujas vinte e cinco obrigações fixadas devem ser cumpridas imediatamente pela República Federativa do Brasil por intermédio dos órgãos e entidades cujas atribuições constitucionais e legais permitam o cumprimento da sentença. As obrigações impostas foram:

- a) O Estado deverá conduzir eficazmente a investigação em curso sobre os fatos relacionados às mortes ocorridas na incursão de 1994, com a devida diligência e em prazo razoável, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis, nos termos dos parágrafos 291 e 292 da presente Sentença. A respeito das mortes ocorridas na incursão de 1995, o Estado deverá iniciar ou reativar uma investigação eficaz a respeito desses fatos, nos termos dos parágrafos 291 e 292 da presente Sentença. O Estado deverá também, por intermédio do Procurador-Geral da República do Ministério Público Federal, avaliar se os fatos referentes às incursões

¹⁰⁵⁵ *Ibidem*, par. 271.

¹⁰⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *op. cit.*, 2017, par. 272.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, par. 273.

de 1994 e 1995 devem ser objeto de pedido de Incidente de Deslocamento de Competência, no sentido disposto no parágrafo 292 da presente Sentença.

b) O Estado deverá iniciar uma investigação eficaz a respeito dos fatos de violência sexual, no sentido disposto no parágrafo 293 da presente Sentença.¹⁰⁵⁸

Os dois primeiros pontos resolutivos acima mencionados estão relacionados à persecução penal. Para o seu cumprimento, o Núcleo de Controvérsias no Exterior da Advocacia-Geral da União entendeu, no Parecer de Força Executória N. 00151/2017/PGU/AGU¹⁰⁵⁹, que em relação às mortes ocorridas em 1994, cópia da sentença deveria ser enviada para o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e à 1ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro a fim de que conduzissem com eficácia a ação penal tombada sob número 0271673-52.2009.8.19.0001, e, quanto às mortes ocorridas em 2015 e aos crimes de violência sexual, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi instado pela Advocacia-Geral da União para, por meio do Grupo de Combate ao Crime Organizado (GAECO), prosseguir com uma investigação criminal eficaz e instaurar procedimento investigatório penal para apurar os fatos relacionados à violência sexual.

c) O Estado deverá oferecer gratuitamente, por meio de suas instituições de saúde especializadas, e de forma imediata, adequada e efetiva, o tratamento psicológico e psiquiátrico de que as vítimas necessitem, após consentimento fundamentado e pelo tempo que seja necessário, inclusive o fornecimento gratuito de medicamentos. Do mesmo modo, os tratamentos respectivos deverão ser prestados, na medida do possível, nos centros escolhidos pelas vítimas, no sentido disposto no parágrafo 296 da presente Sentença.¹⁰⁶⁰

A referida obrigação deve ser, segundo a Advocacia-Geral da União, cumprida pelo Estado do Rio de Janeiro, razão pela qual provocou a Procuradoria-Geral daquele Estado para dar atendimento psicológico e psiquiátrico às vítimas e fornecer gratuitamente os medicamentos necessários para o tratamento.

d) O Estado deverá proceder às publicações mencionadas no parágrafo 300 da Sentença, nos termos nela dispostos.¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017.

¹⁰⁵⁹ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Procuradoria Geral da União. Núcleo de Controvérsias no Exterior. Ofício nº 00700/2017 de 16 de junho de 2017, encaminhado à Presidência do Senado Federal. Assunto: Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Corte Internacional de Direitos Humanos. Caso 11.566 – Carlos Rosa Geneveva, Evandro de Oliveira e outros. – Favela Nova Brasília. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5389676&disposition=inline>. Acesso em 01 de fevereiro de 2018.

¹⁰⁶⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Sentença, op. cit., 2017.

¹⁰⁶¹ Ibidem.

A Corte Interamericana determinou a publicação, no prazo de seis meses, contados a partir da notificação da Sentença, dos seguintes expedientes a) resumo oficial da decisão, elaborado pelo próprio Tribunal, uma só vez, no Diário Oficial, em corpo de letra legível e adequado e em um jornal de ampla circulação nacional; b) a totalidade da decisão, disponível por um período de três anos, em uma página eletrônica oficial do governo federal, na página eletrônica oficial do Governo do Estado do Rio de Janeiro e na página eletrônica da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro¹⁰⁶². Em relação ao primeiro ponto, a execução do julgado cabe à Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério dos Direitos Humanos e, ao segundo, o cumprimento é da competência do Governo do Estado do Rio de Janeiro e da Polícia Civil fluminense.

Além disso, o Tribunal Internacional dispôs que as contas das redes sociais *Twitter* e *Facebook* da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, do Ministério das Relações Exteriores e nos seguintes órgãos do Estado do Rio de Janeiro: Polícia Civil, Secretaria de Segurança Pública e Governo do Estado que devem promover a página eletrônica em que figure a Sentença e o seu Resumo, por meio de um *post* semanal pelo prazo de um ano¹⁰⁶³.

e) O Estado deverá realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, em relação aos fatos do presente caso e sua posterior investigação, durante o qual deverão ser inauguradas duas placas em memória das vítimas da presente Sentença, na praça principal da Favela Nova Brasília, no sentido disposto nos parágrafos 305 e 306 da presente Sentença.¹⁰⁶⁴

O supra referido ponto resolutivo deve ser cumprido, conforme entendimento da Advocacia-Geral da União, pela Secretaria Especial de Direitos Humanos.

f) O Estado deverá publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em todos os estados do país. Esse relatório deverá também conter informação atualizada anualmente sobre as investigações realizadas a respeito de cada incidente que redunde na morte de um civil ou de um policial, no sentido disposto nos parágrafos 316 e 317 da presente Sentença.¹⁰⁶⁵

A obrigação acima reportada tem caráter informativo, que deve ser implementada pelos Estados, no que refere à atuação das polícias civil e militar e pela União, no que pertine à polícia federal. Diante disto, a Advocacia-Geral da União encaminhou cópia da decisão

¹⁰⁶² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 2017, par. 300.

¹⁰⁶³ Ibidem, par. 300.

¹⁰⁶⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 2017.

¹⁰⁶⁵ Ibidem.

interamericana para órgãos estaduais competentes e para a Corregedoria-Geral da Polícia Federal, para cumprimento, através da publicação dos dados estatísticos relacionados às mortes decorrentes de operações policiais.

g) O Estado, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, deverá estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que *prima facie* policiais apareçam como possíveis acusados, desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados, em conformidade com os parágrafos 318 e 319 da presente Sentença.¹⁰⁶⁶

Nesse ponto resolutivo, o Tribunal Interamericano impôs a adoção de medida legislativa, motivo pelo qual a Advocacia-Geral da União notificou os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para que se inicie, na forma estabelecida pela Carta Magna, o devido processo legislativo.

A inexistência, na atualidade, de diploma legislativo não impede que o Ministério Público brasileiro implemente a medida acima indicada, uma vez que tem competência constitucional e legal para promover, por autoridade própria, investigações de natureza criminal, cuja instauração e tramitação do procedimento investigatório a cargo do *Parquet* foi regulamentada pela Resolução N. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Desse modo, já existe no sistema jurídico nacional instrumento normativo apto a assegurar o pleno cumprimento da medida estabelecida no Ponto Resolutivo 16, bastando apenas que o órgão de segurança estadual ou federal, a que pertença os envolvidos na intervenção policial, abstenha-se de promover a investigação penal.

h) O Estado deverá adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial, nos termos dos parágrafos 321 e 322 da presente Sentença.¹⁰⁶⁷

A determinação exarada no Ponto Resolutivo 17 deverá ser cumprida pelas autoridades estaduais fluminenses, mediante a implementação de política pública voltada à redução da letalidade e da violência policial.

i) O Estado deverá implementar, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de

¹⁰⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 2017.

¹⁰⁶⁷ Ibidem.

Janeiro e a funcionários de atendimento de saúde. Como parte dessa formação, deverão ser incluídas a presente Sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito da violência sexual e tortura e as normas internacionais em matéria de atendimento de vítimas e investigação desse tipo de caso, no sentido disposto nos parágrafos 323 e 324 da presente Sentença.¹⁰⁶⁸

Trata-se de obrigação de fazer consistente na realização de cursos de capacitação de agentes públicos integrantes das Polícias Militar e Civil e a servidores de atendimento de saúde do Estado do Rio de Janeiro, que deverá ser executada, segundo a Advocacia-Geral da União, pela Secretaria de Estado da Segurança Pública e pela Secretaria de Estado da Saúde do Rio de Janeiro.

j) O Estado deverá adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público, no sentido disposto no parágrafo 329 da presente Sentença.¹⁰⁶⁹

A medida imposta é de natureza legislativa, de competência, portanto, do Congresso Nacional. Em relação a esse ponto específico, Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia aduzem que a omissão deliberada do parlamentar na prática de atos próprios de seu ofício caracterizará ato da improbidade administrativa, nos moldes do disposto no art. 11, inciso II, da Lei N. 8.429/1992, ressaltando, porém, que tal ilícito será de difícil comprovação, na medida em que as Casas Legislativas são órgãos colegiados, o que exigirá, por esse motivo, prova de uma desídia coletiva¹⁰⁷⁰.

A incidência da Lei de Improbidade Administrativa nos casos de inadimplemento indevido das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelos parlamentares é, em tese, possível, embora possa haver, conforme dito antes, dificuldades para a identificação da autoria e materialidade delitiva. Não há a exclusão da responsabilidade jurídica do parlamentar *a priori*.

A eventual inviabilidade da aplicação das penalidades cominadas no art. 12 da Lei nº. 8.429/92 poderá decorrer da inexistência de elementos de prova suficientes da desídia ou do descaso de determinados agentes públicos no cumprimento de suas obrigações, provas essas que deverão ser colhidas, inicialmente, em procedimento administrativo apuratório e, posteriormente, no âmbito da ação judicial.

¹⁰⁶⁸ Ibidem.

¹⁰⁶⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 2017

¹⁰⁷⁰ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 451-452.

Se ao final do inquérito civil ou do procedimento administrativo prévio¹⁰⁷¹ não houver elemento probatórios mínimos da autoria e da materialidade do ato de improbidade, arquiva-se o feito administrativo. Mas se, uma vez promovida a ação judicial, não restar cabalmente demonstrada a omissão dolosa e indevida do ato de ofício, absolver-se-á o réu por ausência de provas.

Do mesmo modo, o Conselho Nacional do Ministério Público deverá alterar a Resolução N. 181 para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participem de maneira formal e efetiva do procedimento de investigação criminal a seu cargo.

Deve-se ressaltar, porém, que a inexistência de previsão normativa do permissivo retro mencionado não impossibilita o cumprimento imediato da medida, a partir da aplicação direta e imediata da Convenção Americana aos inquéritos policiais e aos procedimentos de investigação criminal a cargo do *Parquet*, assegurando às vítimas ou seus familiares, desde logo, o acesso à justiça.

Isso porque, o art. 2º da Convenção Americana e a própria sentença do Tribunal Internacional obrigam o Estado brasileiro a adotar todas as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos humanos, permitindo-se, assim, a incidência direta do texto convencional, sem a necessidade de intermediação legislativa, para assegurar o direito das vítimas ou dos seus familiares de acompanhar as investigações.

k) O Estado deverá adotar as medidas necessárias para uniformizar a expressão “lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial” nos relatórios e investigações da polícia ou do Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas por ação policial. O conceito de “oposição” ou “resistência” à ação policial deverá ser abolido, no sentido disposto nos parágrafos 333 a 335 da presente Sentença.¹⁰⁷²

A determinação exarada no Ponto Resolutivo 20, transcrita no item “k” acima, destina-se aos órgãos das polícias civil, militar e federal, bem como aos Ministérios Públicos da União e dos Estados, a fim de que seus agentes se abstenham de utilizar os termos “oposição” e “resistência” à ação da polícia, empregando em seu lugar a taxonomia “lesão corporal ou

¹⁰⁷¹ O inquérito civil é um procedimento investigativo prévio destinado à coleta, pelo Ministério Público, de elementos necessários à propositura da ação civil pública ou da ação de improbidade administrativa (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 363). Apesar de o inquérito civil ser, nos termos do art. 129, inciso III, da Carta Magna, um instrumento jurídico de uso exclusivo do *Parquet*, os demais colegitimados não estão impedidos de colher elementos de convicção preparatórios à propositura da ação judicial por meio de procedimento administrativo preliminar, sob pena de inviabilidade total do exercício do direito de ação.

¹⁰⁷² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 2017.

homicídio decorrente da intervenção militar” nos relatórios e investigações policiais ou a cargo do *Parquet*.

l) O Estado deverá pagar as quantias fixadas no parágrafo 353 da presente Sentença, a título de indenização por dano imaterial, e pelo reembolso de custas e gastos, nos termos do parágrafo 358 da presente Sentença¹⁰⁷³.

m) O Estado deverá restituir ao Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a quantia desembolsada durante a tramitação do presente caso, nos termos do parágrafo 362 desta Sentença¹⁰⁷⁴.

As medidas estabelecidas nos Pontos Resolutivos 21 e 22 supra descritos se referem ao pagamento de indenizações e de restituição de despesas processuais que deverá ser efetuado pelo Estado do Rio de Janeiro porque a responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil foi decorrente de fatos praticados por agentes públicos do estado fluminense, motivo pelo qual a Advocacia-Geral da União instou a referida unidade federativa a promover o procedimento necessário ao adimplemento da quantia devida.

Como se vê, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a República Federativa do Brasil a implementar um conjunto de medidas reparatórias, compensatórias e de não-repetição, que deverão ser executadas pela União e pelos Estados-Membros, segundo suas competências constitucionais, através de seus agentes.

O descumprimento indevido das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos poderá caracterizar ato de improbidade administrativa, especialmente o tipificado no art. 11, inciso II, da Lei N. 8.429/92, por parte do agente público omissor. Porém faz-se mister apurar cuidadosamente a responsabilidade de cada um dos agentes incumbidos de atribuições relacionadas à implementação das medidas impostas pelo Tribunal Interamericano, não se admitindo a possibilidade de imputação de responsabilização por improbidade administrativa descompromissada a qualquer agente público, mas somente àquele competente pela sua execução.

O Estado não tem, na condição de entidade abstrata, vontade e ação inerentes à vida anímica, condição esta exclusiva dos seres biológicos¹⁰⁷⁵. Por isso, as entidades e os órgãos da Administração Pública executam suas atribuições constitucionais e legais e agem por intermédio de pessoas físicas, designadamente, no caso, agentes públicos.¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³ Ibidem.

¹⁰⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit., 2017.

¹⁰⁷⁵ MELLO, op. cit., 2009, p. 140.

¹⁰⁷⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Cooperação econômica entre entes federativos, transferências voluntárias de recursos financeiros e a natureza jurídica dos convênios públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo &**

A esse respeito, vale ressaltar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas *na e pela* vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado¹⁰⁷⁷.

Então, o primeiro passo é identificar a entidade política competente para cumprir os comandos das sentenças interamericanas, ou seja, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal ou os municípios. Em seguida, deve-se aferir se a atribuição pela implementação da decisão internacional é do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário. Após, apura-se o órgão público ou a pessoa jurídica da Administração Pública Indireta responsável pela obrigação e, finalmente, o agente público com atribuição para o seu cumprimento.

Os agentes públicos não podem praticar todo e qualquer ato estatal, mas somente aqueles que se inserem em sua órbita de atribuição, previamente fixada pela Constituição ou pela legislação ordinária, isso porque “[...] somente pode atuar em nome do Estado quem recebeu da ordem jurídica poderes para praticar determinados atos”¹⁰⁷⁸.

A competência para a prática de atos administrativos, legislativos e jurisdicionais não surge da vontade subjetiva do agente público, eis que deve ser estabelecida em norma jurídica pré-determinada¹⁰⁷⁹. Ela depende de prévia fixação normativa, seja de natureza constitucional ou legal, admitindo-se, ainda, a distribuição de atribuições para servidores e órgãos públicos de menor hierarquia por meio de atos administrativos organizacionais, editados com o objetivo de clarificar ou complementar a competência primária fixada pela legislação.

Assim, a responsabilização por ato de improbidade administrativa decorrente do descumprimento de sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve recair sobre o agente público competente para implementar as medidas impostas na decisão internacional ou naqueles que criem obstáculos ao seu efetivo cumprimento, o que deve ser apurado em sede de inquérito civil ou de outro procedimento de natureza administrativa pelas entidades legitimadas para a propositura da respectiva ação judicial.

Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 101-120, out./dez. 2013, p. 117.

¹⁰⁷⁷ MELLO, op. cit., 2009, p. 140.

¹⁰⁷⁸ HARGER, Marcelo. Breve estudo acerca da delimitação constitucional da competência do Ministério Público. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, n. 47, ano 10, jan./fev. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=52481>. Acesso em 22 de fevereiro de 2018.

¹⁰⁷⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do direito público**: constitucional e administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 450.

As sanções cominadas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa são particularmente gravosas, exigindo-se do legitimado ativo *ad causam* e, notadamente, do julgador acurada pesquisa da materialidade e da autoria do ilícito. Somente os agentes públicos que tiverem deixado indevidamente de cumprir os comandos constantes da sentença da Corte Interamericana é que se submeterão às penalidades do diploma legislativo retro mencionado, vedando-se o manejo infrutífero ou infundado da ação de improbidade, evitando-se, com isso, a banalização da persecução estatal.

A ação judicial deverá ser, portanto, manejada com prudência, devendo ser instruída com prova reveladora de indícios suficientes da autoria e da existência do ato de improbidade administrativa, por força do disposto no art. 17, § 6º, da Lei N. 8.429/92, sob pena de rejeição da petição inicial.

É por isso que a antes mencionada Lei¹⁰⁸⁰ prevê a possibilidade de o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada apurar a ocorrência do ato de improbidade. A investigação preliminar tem caráter administrativo e se destina, basicamente, a determinar a materialidade e a autoria dos fatos, colhendo-se elementos de convicção para a propositura da respectiva ação judicial. A colheita de tais provas será feita em procedimento administrativo investigativo, do qual se podem promover exames e perícias, tomar depoimentos, expedir notificações, requisitar documentos e proceder a vistorias e inspeções¹⁰⁸¹.

A instauração do inquérito civil ou outro procedimento de natureza investigatória não é indispensável para a deflagração da ação de improbidade administrativa¹⁰⁸², podendo ser dispensado se já houver elementos suficientes para a deflagração da ação judicial. A legislação exige, para o processamento da ação judicial, a presença de indícios, não se fazendo imprescindível, desse modo, que a petição inicial seja instruída com prova concreta e cabal da conduta ímproba do agente público¹⁰⁸³.

Em caso de descumprimento das medidas impostas pelo Tribunal Interamericano ao Brasil no Caso Favela Nova Brasília, as entidades e os órgãos competentes deverão apurar previamente, no seio administrativo, a autoria e a materialidade do ato de improbidade administrativa, para, inclusive, descrever circunstanciadamente na peça vestibular a conduta dos agentes responsáveis pela omissão. A apuração preliminar será realizada pelas pessoas legitimadas para promover a ação de improbidade administrativa.

¹⁰⁸⁰ Artigo 14 da Lei N. 8.429/1992.

¹⁰⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 479-480.

¹⁰⁸² DECOMAIN, op. cit., 2014, p. 271.

¹⁰⁸³ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 956.

A legitimação ativa *ad causam* para a propositura da ação civil está regulamentada no art. 17 da Lei N. 8.429/92, que aduz que “[...] a ação principal, que terá rito ordinário, será processada pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar”.

A pessoa jurídica interessada, para fins de legitimidade ativa, será a entidade federativa cujo patrimônio material ou moral tenha sido afetado pela conduta ímproba do agente público, que agirá na qualidade de substituto processual porque pleiteará em juízo direito próprio e da coletividade ao mesmo tempo¹⁰⁸⁴.

Em caso de inobservância das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a pessoa jurídica de direito público interno legitimada para promover a ação de improbidade administrativa é a União, na medida em que recairá sobre ela eventual responsabilização internacional pelo inadimplemento do *decisum* interamericano, ainda que as medidas devam ser, segundo a repartição constitucional de competências, implementadas pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, pois é a União quem representa a República Federativa do Brasil nas relações internacionais, conforme art. 21, inciso I, da Carta Magna.

As consequências decorrentes do ato de improbidade administrativa consubstanciado na omissão indevida da prática de um ato de ofício atingirão, em última análise, a União Federal, surgindo daí seu legítimo interesse para a propositura da respectiva ação judicial, ainda que o agente público seja estadual, distrital ou municipal.

Além da União, a entidade federativa com a qual o agente público omisso mantém vínculo funcional tem concorrentemente legitimidade para promover a respectiva ação judicial porque ela é também sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, na medida que contra ela poderão ser adotadas, com fulcro no art. 28.2, do Pacto de San José da Costa Rica, as medidas jurídicas necessárias para garantir o adimplemento das obrigações internacionais, dentre as quais a intervenção federal e a ação de execução judicial, sofrendo, portanto, consequências negativas decorrentes da omissão de seus agentes.

A legitimidade ativa *ad causam* da pessoa jurídica interessada é concorrente porque atribuída também ao Ministério Público. O art. 17 da Lei nº 8.429/92 acima indicado atribui expressamente legitimidade para o Ministério Público promover a chamada ação de improbidade administrativa, o que encontra esteio constitucional nos artigos 127, *caput*, e 129, inciso III, da Constituição da República, que conferem ao *Parquet* brasileiro a função de

¹⁰⁸⁴GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 860.

defender a ordem jurídica, o regime democrático, os direitos coletivos lato sensu e os individuais indisponíveis, mediante a promoção do inquérito civil e da ação civil pública¹⁰⁸⁵.

O Ministério Público brasileiro abrange o Ministério Público dos Estados e o Ministério Público da União, que compreende, este último, o Federal, o do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios, nos termos exatos do art. 128 da Carta Magna. A legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa em razão da inobservância dos comandos das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos será do Ministério Público Federal porque, nesses casos, há claro interesse da União.

Os agentes públicos federais, estaduais, distritais e municipais podem ser responsabilizados pelo inadimplemento indevido das obrigações impostas em decisões internacionais, cuja realização se insira em sua esfera de atribuições, eis que deixam de realizar ato de ofício, incorrendo, portanto, no tipo do art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92. Além do mais, como já ressaltado alhures, o incumprimento das decisões do Tribunal Interamericano acarreta nova responsabilização internacional da República Federativa do Brasil, o que justifica a atuação do Ministério Público Federal.

A União e o *Parquet* Federal podem atuar isoladamente ou em litisconsórcio ativo facultativo¹⁰⁸⁶, bem como se admite a atuação conjunta do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual, sempre que a omissão possa ser imputada a agente público estadual ou municipal, com o escopo precípua de promover de forma eficiente a defesa da ordem jurídica e dos direitos humanos¹⁰⁸⁷.

A ação de improbidade administrativa será aforada em face do agente público responsável pela prática do ato, vale dizer, daquele que tem o dever de cumprir a regra jurídica disposta no art. 68.1 da Convenção Americana. Dito de outra forma, a legitimidade passiva *ad causam* recairá, portanto, sobre o agente com atribuição constitucional ou legal para implementar as medidas impostas à República Federativa no Brasil. Por outro lado, não se podem afastar do polo passivo da demanda aquele que, apesar de não ter competência para implementar os comandos da Corte Interamericana, concorra, de alguma forma, para a prática da conduta ímproba.

Enfim, a responsabilização pela prática de improbidade administrativa é um mecanismo contemplado no sistema jurídico brasileiro que poderá ser manejado para garantir a eficácia das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e, especialmente, das

¹⁰⁸⁵ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 861.

¹⁰⁸⁶ DECOMAIN, op. cit., 2014, p. 286.

¹⁰⁸⁷ GARCIA; ALVES, op. cit., 2014, p. 874.

sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que, como já dito, a função da sanção não é propriamente impor castigos, mas sim, assegurar a efetividade do próprio ordenamento jurídico.

A inexistência de mecanismos de cumprimento forçado das decisões internacionais na esfera do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é reveladora da interdependência existente entre a ordem jurídica brasileira e o ordenamento interamericano, fazendo-se mister a cooperação e o diálogo entre as ordens jurídicas com o objetivo de realizar, da melhor maneira possível, suas finalidades comuns, particularmente, a proteção da pessoa humana.

Porém, não se pode cair na ingenuidade de acreditar que a solução para o baixo grau de efetividade das sentenças do Tribunal Interamericano foi definitivamente encontrada. De forma alguma! A proposição apresentada nesta tese de doutoramento visa a demonstrar que a responsabilização por ato de improbidade administrativa é apenas mais um instrumento jurídico que, se bem utilizado, tem potencial para fomentar o cumprimento das sentenças interamericanas.

5 CONCLUSÃO

O cenário jurídico global tem passado por um processo profundo e contínuo de transformações nas relações jurídicas entre os Estados nacionais e os organismos internacionais, sobretudo com a emergência dos sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos, a humanização e a constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos.

O presente trabalho de pesquisa fundamentou-se na teoria filosófico-científica do pluralismo constitucional, afastando-se das teorias tradicionais monista e dualista que procuraram explicar e justificar a relação entre o Direito interno e o Direito internacional, uma vez que tais doutrinas já não são suficientes para enfrentar os desafios criados pela globalização na atualidade.

Foi fundamental adotar uma teoria que melhor descrevesse e disciplinasse as relações, as interações e a interdependência entre os diversos ordenamentos jurídicos, especialmente entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Direito brasileiro, como alternativa viável a fortalecer a proteção dos indivíduos nas esferas interna e internacional e, especialmente, a exigibilidade e a efetividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito doméstico.

A Constituição da República de 1988 abriu o sistema jurídico brasileiro ao Direito internacional, provocando mudanças qualitativas na interpretação e na aplicação dos direitos interno e externo no ordenamento jurídico nacional. As regras e os princípios constitucionais passam a ser compreendidos e aplicados não apenas em termos de um constitucionalismo fechado, uma vez que o Estado-Nação absolutamente soberano já não é mais a principal essência do Direito Constitucional e, inclusive, do Direito Internacional, mas sim a pessoa humana.

Por outro lado, a globalização produziu fenômenos que não são geograficamente localizados, na medida em que pessoas, bens, serviços, informações e capitais ultrapassam com rapidez e facilidade as fronteiras dos Estados. Além do mais, provocou o surgimento de fontes normativas e de órgãos de resolução de conflitos alheios ao Estado, que produzem impactos jurídicos no âmbito interno estatal, regulando a conduta do Poder Público, dos cidadãos e das empresas nacionais.

Com a globalização, teve-se a desestatização, a fragmentação e a multiplicação de fontes do direito, que produzem textos normativos supranacionais que se inter cruzam e produzem efeitos jurídicos no âmbito interno dos Estados. Ela criou conexões formais e

informais entre diversos atores e instituições, o que tornou incerta a distinção daquilo que é nacional e o que é internacional.

No campo específico dos direitos humanos, percebe-se tal fenômeno a partir da existência de normas jurídicas de matrizes distintas, nacional e internacional, com ambição de regência em um mesmo espaço sócio-político. A abertura constitucional ao Direito internacional, nos moldes do art. 5º, § 2º, da Carta Magna, permitiu a interação de normas jurídicas de origem distintas que influenciam o interior do ordenamento jurídico nacional.

E mais, a constitucionalização do direito internacional, particularmente com a emergência dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, enseja uma mudança de paradigma no que se refere à relação entre os ordenamentos jurídicos nacional e externo. De fato! As teorias monista e dualista não oferecem respostas satisfatórias para a solução de problemas jurídicos concretos decorrentes da pluralidade de ordens jurídicas da contemporaneidade.

Diante desse cenário, a teoria do pluralismo constitucional rompe com o modelo monista e decompõe a pirâmide normativa de Hans Kelsen, substituindo-a por um arquétipo geométrico em forma de teia ou rede, ao reconhecer que a Constituição é apenas parte de um pluriverso normativo e que os ordenamentos jurídicos nacional e internacional estão entrelaçados de modo horizontal, cuja interação se dá de forma heterárquica, permitindo a análise do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a partir da perspectiva de interdependência entre as ordens jurídicas, para então compreender o papel do direito nacional e dos tribunais e juízes domésticos na implementação do direito internacional dos direitos humanos, inclusive das sentenças interamericanas.

Na visão do pluralismo constitucional, o ordenamento jurídico brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos coexistem em um mesmo espaço territorial, sem que nenhum deles possa reivindicar a qualidade de fonte última de autoridade jurídica no território nacional. As eventuais antinomias serão resolvidas por meio do diálogo e da cooperação entre os referidos sistemas jurídicos fundados em uma linguagem comum materializada em princípios, objetivos e valores intrinsecamente constitucionais e compartilhados.

Além disso, o Direito doméstico e o Sistema Interamericano e os seus atores políticos e jurisdicionais devem manter uma relação de cooperação e de diálogo com o objetivo de realizar os valores, os princípios e os objetivos comuns aos ordenamentos jurídicos entrelaçados, notadamente a promoção e a proteção dos direitos humanos.

Os ordenamentos jurídicos brasileiro e interamericano, ao terem como objetivo comum a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, devem manter uma

relação de cooperação e de complementariedade recíproca, visando, com isso, ao preenchimento de lacunas e à solução de deficiências eventualmente existentes em cada sistema jurídico. Nesse caso, as autoridades domésticas podem exercer uma série de poderes de persuasão ou coerção existentes no ordenamento jurídico doméstico para dar efetividade às obrigações internacionais.

Se as autoridades jurisdicionais da República Federativa do Brasil forem omissas ou ineficientes na tutela dos direitos positivados na Convenção Americana ou no Protocolo de San Salvador, tem-se a possibilidade de acesso à jurisdição internacional. Por outro lado, a atuação isolada da Comissão Interamericana e da Corte Interamericana de Direitos Humanos não fornece uma proteção adequada e eficiente dos direitos humanos, fazendo-se mister uma atuação coordenada das instituições locais e regionais através do uso de mecanismos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para o preenchimento de lacunas existentes no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente a ausência de instrumentos de execução forçada das sentenças da Corte Interamericana no âmbito externo.

Nesse sentido, concluiu-se que a harmonização entre o Direito interamericano e o Direito brasileiro deve ocorrer por intermédio do diálogo aberto e fraterno entre os atores jurisdicionais das duas esferas jurídicas, através do controle de convencionalidade, e que a efetividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos depende da cooperação entre os ordenamentos jurídicos entrelaçados, especificamente mediante o uso de mecanismos jurídicos próprios do sistema nacional para garantir a efetiva implementação das decisões internacionais, dentre os quais a responsabilização por ato de improbidade administrativa do agente público omissor.

A conformação geométrica do ordenamento jurídico em forma de teia ou rede constitucional, a partir da perspectiva do pluralismo constitucional, permite a comunicação entre ordens jurídicas e, por consequência, o diálogo judicial entre juízes e tribunais domésticos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, facilitando a construção hermenêutica adequada à efetiva tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais nos âmbitos interno e externo. É partir desse diálogo judicial internacional que se tem o controle de convencionalidade.

Em que pese à pirâmide normativa kelseniana já não servir mais para explicar a relação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o ordenamento constitucional brasileiro, verdade é que dentro de cada ordem jurídica nacional haverá hierarquia normativa, de modo a viabilizar o exercício do controle de convencionalidade.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador e a Constituição Federal de 1988, na qualidade de normas constitucionais, são fundamentos de validade da legislação infraconstitucional brasileira. Sendo assim, a legislação ordinária deve ser compatível com a Carta Magna e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob pena de inconstitucionalidade e/ou inconvenção.

A validade das leis nacionais depende, portanto, de dupla compatibilidade vertical material, isto é, com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos. A validade da legislação ordinária depende do respeito ao devido processo legislativo estabelecido pela *Lex Maxima*, bem como a observância dos demais preceitos constitucionais, em especial os direitos fundamentais expressos ou implícitos na Carta Política. Não basta, porém, que a norma de direito interno seja compatível apenas com a Constituição da República, é mister também a sua conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos, sob pena de invalidade.

A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do controle de constitucionalidade, em sua modalidade difusa ou concentrada, que pode acarretar na derrogação *erga omnes* das leis ou na inaplicação da legislação no caso concreto, e o exame de conformidade das normas internas com os tratados de direitos humanos ocorre por meio do controle de convencionalidade.

A fiscalização de convencionalidade é uma obrigação que deriva dos tratados internacionais de direitos humanos, inclusive dos instrumentos de *hard law* do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Logo, os magistrados brasileiros têm o dever funcional de aferir, à luz do caso concreto, a compatibilidade das leis nacionais com os tratados interamericanos.

O controle de convencionalidade pode ser difuso ou concentrado. O difuso é exercido pelo juiz nacional que o realiza na esfera doméstica, mediante a verificação da compatibilidade dos atos legislativos com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com o Protocolo de San Salvador ou qualquer outro tratado de direitos humanos, ao passo que o concentrado é executado com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal.

Os parâmetros de controle de convencionalidade compreendem os tratados internacionais e os precedentes da Corte Interamericana, que instituiu, ao longo do tempo, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma doutrina semelhante ao *stare decisis*, no sentido de que as normas internas dos Estados devem ser compatíveis não só com os enunciados normativos da Convenção Americana, mas também com a interpretação que

dela faz o próprio Tribunal Regional, com o objetivo de uniformizar a interpretação dos direitos humanos consagrados no Pacto de San José da Costa Rica.

As sentenças da Corte produzem efeitos vinculantes qualitativamente diferentes para as partes que intervieram no processo e para os demais Estados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em relação ao Estado condenado, que figurou no polo passivo da demanda internacional, a sentença do Tribunal Interamericano tem eficácia vinculante direta, integral e absoluta, alcançando, além da *ratio decidendi*, as obrigações impostas na parte resolutiva da decisão. No que toca aos demais Estados partes da Convenção Americana, que não intervieram no processo internacional na qualidade de legitimado passivo *ad causam*, o efeito vinculante se limita à *ratio decidendi* da sentença, não envolvendo as obrigações constantes da parte resolutiva.

No Brasil, os precedentes do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos têm força vinculante, não porque a Corte Regional é a intérprete última da Convenção Americana, condição essa rechaçada pelo pluralismo constitucional, mas porque a própria ordem jurídica doméstica assim estabelece.

Com efeito, o efeito vinculante das decisões interamericanas no âmbito da jurisdição brasileira fundamenta-se, primordialmente, nos artigos 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil interpretados a partir das teorias do pluralismo constitucional e da ideia de *romance em cadeia* de Ronald Dworkin.

O art. 926 do Código de Processo Civil positiva no ordenamento jurídico nacional um dever geral de integridade e um dever geral de coerência da decisão judicial. O direito como integridade pede que os juízes decidam com base na ideia de “romance em cadeia”, os órgãos do Poder Judiciário nacional não podem ignorar as decisões pretéritas proferidas em casos semelhantes.

À luz do pluralismo constitucional, o direito brasileiro não pode ser, em questões envolvendo direitos humanos e direitos fundamentais e diante da cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, compreendido, interpretado e aplicado isoladamente, mas em conjunto com o Direito interamericano de direitos humanos, mediante um diálogo profícuo destinado a melhor proteção da dignidade humana, eis que os sistema jurídico nacional e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos estão entrelaçados e são interdependentes, que se relacionam, a partir de princípios compartilhados, para a consecução de objetivos comuns, como a proteção eficaz dos direitos humanos.

O pluralismo constitucional exige que os atores jurisdicionais compartilhem o compromisso de respeitar a identidade de valores, princípios e regras e de realizar os objetivos

comuns aos ordenamentos jurídicos entrelaçados, a fim de que possam garantir a coerência entre os sistemas jurídicos.

Desse modo, os magistrados brasileiros deverão compreender, em casos envolvendo direitos humanos positivados na Convenção Americana e no Protocolo de San Salvador, o que já foi escrito no passado pelo Tribunal Interamericano e pelos tribunais pátrios para então escrever um novo capítulo coerente com os capítulos anteriores. Estão, portanto, vinculados aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que tais decisões devem ser o ponto de partida da atividade interpretativa dos juízes nacionais, que poderão deixar, por outro lado, de aplicá-los aos casos concretos nas hipóteses de *distinguishing* ou de precedente interno mais benéfico e favorável ao ser humano, mas não os ignorar.

Não se propôs uma vinculação “cega” às sentenças da Corte, mas sim relativa porque é permitido aos magistrados brasileiros adotar, com fulcro no princípio *para o homine* previsto no art. 29.b da Convenção Americana, interpretação mais benéfica e protetiva ao ser humano.

O diálogo judicial internacional deve ser crítico, no sentido de que os juízes brasileiros podem promover uma interpretação extensiva ou mesmo inovadora dos precedentes da Corte Interamericana, seja indo além da proteção estabelecida pelo Tribunal Internacional a um determinando direito ou reconhecendo direitos implícitos na Convenção Americana ou ainda não analisados pela jurisdição internacional.

Porém, a consolidação de um constitucionalismo regional transformador pressupõe não somente um exercício profícuo do controle de convencionalidade, mas também o fortalecimento da efetividade do sistema interamericano de direitos humanos, especialmente no que toca ao cumprimento das sentenças da Corte Interamericana, eis que inexitem na esfera regional mecanismos institucionais de execução forçada, razão pela qual o fiel adimplemento das decisões da Corte é uma tarefa dos Estados.

Desse modo, o Direito doméstico exerce relevante papel para assegurar a efetividade do Direito internacional e a responsabilização dos agentes públicos nacionais por improbidade administrativa se apresenta como um importante mecanismo de implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O art. 68.1 do Pacto de San José da Costa Rica impõe às autoridades nacionais, na qualidade norma jurídica de natureza materialmente constitucional, o dever de cumprir integralmente as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. E, em caso de inobservância das sentenças interamericanas, não há, até o presente momento, um procedimento específico de execução forçada do *decisum* no âmbito da jurisdição do Sistema Interamericano

de Direitos Humanos, não dispondo, portanto, a Corte Interamericana de meios coercitivos para obrigar o Estado condenado a cumprir integralmente suas decisões.

Por essa razão, a efetividade do Sistema Interamericano por meio do cumprimento concreto dos julgados do aludido Órgão Jurisdicional Internacional depende do sistema jurídico nacional. E a interdependência entre as ordens jurídicas, própria do pluralismo constitucional, autoriza o manejo de meios coercitivos existentes no ordenamento jurídico doméstico para a satisfação dos julgados interamericanos.

O descumprimento de julgado interamericano permite a adoção medidas jurídicas cabíveis e previstas no ordenamento jurídico nacional para a sua observância interna, dentre as quais, a responsabilização dos agentes públicos federais, estaduais e municipais omissos por ato de improbidade administrativa, especialmente porque o inadimplemento das obrigações convencionais por parte das autoridades locais acarretará nova responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil.

O Estado é um ente abstrato e, por isso, o desempenho das funções estatais é feito por meio dos agentes públicos, que serão, por obviedade, os responsáveis diretos pelo cumprimento ou não das decisões da Corte Interamericana. E o não cumprimento, injustificado, das obrigações judicialmente estabelecidas pelo mencionado Tribunal Internacional caracteriza, em tese, ato de improbidade administrativa, notadamente, que atenta contra os princípios da administração pública, uma vez que o servidor público deixa de praticar ato de ofício.

Dentre as condutas consideradas atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios regentes da Administração Pública, destaca-se o tipificado no inciso II do art. 11 da Lei N. 8.429/92, que tipifica como ato de improbidade a conduta de retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, que é aquele inerente às atividades funcionais do agente público.

Deste modo, o agente público que não cumpre ou protela, sem motivo justificável, o adimplemento das obrigações internacionais impostas pelo Tribunal Regional, ainda que não vise enriquecer-se ilicitamente, causar dano ao patrimônio público ou satisfazer interesse ou sentimento pessoal, comete ato de improbidade administrativa.

Enfim, descumprir ordem judicial emanada da Corte Interamericana de Direitos Humanos caracteriza ilícita omissão do agente público brasileiro e, portanto, ato de improbidade administrativa porque as consequências da conduta são graves e especialmente danosas para a República Federativa do Brasil, para as vítimas que não são reparadas pelos danos sofridos e à sociedade brasileira em geral.

A inobservância do art. 68.1 do Pacto de San José da Costa Rica pode trazer consequências desagradáveis ao infrator, como a punição por ato de improbidade administrativa, já que tal dispositivo convencional expressa uma ordem ou obrigação ao agente público, servindo, portanto, a perspectiva do sancionamento não somente como uma medida sucessiva punitiva, mas preventiva de intimidação ao servidor brasileiro.

A sanção serve de medida não somente punitiva pelo ato ilícito, mas também psicológica de encorajamento ao adimplemento das sentenças internacionais ou, sob outro ângulo de observação, de desencorajamento ao incumprimento das decisões interamericanas. Assim, a perspectiva de punição pela prática do ato de improbidade administrativa tem o potencial de exercer importante função preventiva e pedagógica porque pode incentivar o cumprimento do Direito e, ao mesmo tempo, desestimular a inobservância das normas jurídicas, incluído o direito internacional dos direitos humanos, eis que, segundo a psicologia, as pessoas aprendem, dentre outras formas, observando-se umas às outras.

Diante do exposto, propôs-se que pratica ato de improbidade administrativa o agente público que, sem motivo escusável, descumpra as decisões interamericanas proferidas contra a República Federativa do Brasil e, por consequência, que a responsabilização do agente público brasileiro por ato de improbidade administrativa tem a potencialidade de exercer um extraordinário impacto para o aumento do grau de efetividade e de cumprimento das sentenças da Corte Interamericana.

REFERÊNCIAS

- ABBOT, Max Silva. Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso. **Estudios Constitucionales**, Talca, Año 14, N. 02, 2016, p. 101-142.
- ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 268, p. 569-584, jun. 2017.
- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- ACOSTA, Paola Andrea. *Ius Commune* interamericano: brevísimas notas sobre el concepto de diálogo. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 371-384.
- ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Procuradoria Geral da União. Núcleo de Controvérsias no Exterior. **Ofício nº 00700/2017 de 16 de junho de 2017**, encaminhado à Presidência do Senado Federal. Assunto: Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Corte Internacional de Direitos Humanos. Caso 11.566 – Carlos Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros. – Favela Nova Brasília. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5389676&disposition=inline>>. Acesso em: 01 fev. 2018.
- AGUIAR, João Serapião de. Aprendizagem observacional. **Revista de Educação**. PUC-Campinas, v.3, n. 5, p.64-68, novembro 1998.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. El diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Orgs.). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-46, 2015.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. El control de convencionalidade por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos. **Revista de Derecho**, Montevidéo, Año 13, N. 15, p. 143-200, jul. 2017.
- ALEMANHA, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, (Deutscher Bundestag). Tradução por Assis Mendonça Aaarchen. Revisão jurídica por Urbano Carvelli Bonn. Atualizado em janeiro de 2011. Disponível em: <<https://www.btg-behttps://www.btg->

bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. <stellservice.de/pdf/80208000.Pdf> . Acesso em 17 mar. 2018.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. Globalização, constitucionalismo e os Poderes do Estado brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 55, n. 219, p. 237-261, jul./set. 2018.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Diálogo judicial, pluralismo constitucional y constitucionalismo multinivel: el ejemplo colombiano. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 279-318, 2016a.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. **Estudios Constitucionales**, Talca, Año 14, N. 1, 2016b, p. 15-60.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. **Más allá de la utopía: del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel**. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitário de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2015.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. Reflexiones sobre el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional Colombiana. In: PIZZOLO, Calogero; MEZZETTI, Luca. **Tribunales supranacionales y tribunales nacionales**. Vol. 01, Buenos Aires: Astrea, p. 01-15, 2016c.

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 309-339, 2013.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, Régis Willyan da Silva. O diálogo entre os direitos fundamentais e os direitos humanos para a criação de um sistema jurídico multinível. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 75-89, jan./abr. 2017.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 178-227, 2013.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Inter-americanization: its legal bases and political impact. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 255-276.

ARONNE, Ricardo; MORAES, Denise Bermudez de Oliveira. A valsa do leviatã pós-moderno: velhos cisnes ônticos sobre novos lagos epistêmicos. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, n. 56, p. 127-140, 2012.

ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, Ano 2, n. 1, p. 73-113, 2013.

ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. Lisboa: Escolar Editora, 2014.

AVBELJ, Matej; KOMARÉK, Jan. Four visions of constitutional pluralism: symposium transcript. **European Journal of Legal Studie**. Fiesole, vol. 2, n. 1, p. 325-370, 2008. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1334219>.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da Administração Pública: aspectos relevantes: A Constituição Federal de 1988: a questão da omissão: uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 293-336.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 2, n. 9, p. 13-59, 2002.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas da *common law* e *civil law***. 2011. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O direito como integridade e os precedentes judiciais. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Rio Janeiro: Lumen Juris, p. 201-236, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOZA, Julio. **Derecho internacional público**. 2. ed. Buenos Aires: Víctor P. Zavalía, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARRERA, Tania Giovanna Vivas; CÁRDENAS, Jaime Alfonso Cubides. Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. **Entramado**, Cali, vol. 08, n. 2, p. 184-204, jul./dez. 2012.

BARRILAO, Juan Francisco Sánchez. Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización. **Estudios Constitucionales**, Talca, ano 12, n. 2, p. 55-108, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BASCUÑÁN, Sergio Fuenzalida. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho: una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”. **Revista de Derecho**, Valdivia, vol. XXVIII, n. 1, p. 171-192, jun. 2015.

BATISTA, Juliana Peixoto. Fragmentación normativa y asimetrías en la OMC: ¿maraña de normas o margen de maniobra? **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 1, p.169-191, jan./abr. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, vol. 14, n. 1, p. 13-61, jan./jun. 2014.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa à atuação da administração ambiental brasileira. **Revista de Direito Ambiental**, v. 5, n. 18, p. 57-79, abr./jun., 2000.

BERCOVICI, Gilberto. O princípio da unidade da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 145, p. 95-99, jan./mar. 2000.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BERNARDES, Márcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8, n. 15, dez. 2011.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, jan./mar. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=78333>. Acesso em: 30 dez. 2017.

BOBBIO, Norberto. *Sanzione. Novissimo Digesto Italiano*. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed., Brasília: Editora UNB, 1999.

BOGDANDY, Armin Von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on relationship between international and domestic constitutional law. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 6, n. 3 & 4, p. 397-413, 2008.

BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano: una aclaración conceptual*. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES-ANTONIAZZI, Mariela (Org.) **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Cidade do México: UNAM/Max Planck Institute, 2014. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/4.pdf>> Acesso em 20 jan. 2017.

BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 34, p.03-50, jan./jun. 2015.

BOGDANDY, Armin von. *Ius constitutionale en América Latina: observations on transformative constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 27-48.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil*. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 127-150, ago. 2004.

BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos estados-membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004/SE. Convenção de Genebra. Lei Uniforme sobre Notas Promissórias. Aval Aposto à Nota Promissória não Registrada no Prazo Legal. Impossibilidade de ser o Avalista Acionado mesmo por vias Ordinárias. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento 01 de junho de 1977. Divulgação: **Diário [de] Justiça** de 29/12/1977

BRASIL. 1988. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil, aprovada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. 1988. Constituição. Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União** - Seção 1 - 31/12/2004, Página 9. Poder Legislativo. Brasília, DF, 2004.

BRASIL. Lei 8.429 de 02 de junho de 1992. Lei da Improbidade Administrativa; Lei do Enriquecimento Ilícito (1992); Lei do Colarinho Branco (1992). Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União** - Seção 1 - 3/6/1992, Página 6993. Poder Executivo, Brasília, DF, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343-SP. Depositário Infiel. Alienação Fiduciária. Decretação de Medida Coercitiva. Inadmissibilidade Absoluta. Insubsistência de previsão constitucional e das normas subalternas. Relator: Ministro Cézár Peluzo. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 03/12/2008. Divulgação: Diário [de] Justiça eletrônico de 05/06/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. Recurso Extraordinário. Prisão Civil. Depositário Infiel. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Negativa de Seguimento. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 04 de setembro de 2012. Publicação: **Diário [de] Justiça eletrônico** 179 de 11/09/2012.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] União** - Seção 1 - 17/3/2015, Página 1, Poder Executivo, Brasília, DF, 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. Pluralismo jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coords.); GERBER, Konstantin (org.). **Constitucionalismo multinível e pluralism jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 03-23, 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Vol. I, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Vol. II, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CANDIA-FALCON, Gonzalo. El estado de derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Dikaion**, Chía, v. 24, n. 2, p. 225-252, Julho/2015. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422015000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brancos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARMONA CUENCA, Encarna. **La ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España**. p. 02-17, 2016. Disponível em: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA\(2016\)007-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)007-spa). Acesso em: 11 nov. 2017.

CARNOTA, Walter F. La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 15, p. 51-66, 2011

CARRAZZA, Roque Antônio. Princípio republicano. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/93/edicao-1/principio-republicano>>. Acesso em 26 de janeiro de 2018.

CARRILLO-SANTARELLI, Nicolas. Enhanced multi-level protection of human dignity in a globalized context through humanitarian global legal goods. **Global Legal Goods Working Paper N. 2/2011**. Disponível em: <http://www.uam.es/proyectosinv/glg/s_publicaciones/pdf/GLGWP2.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2016.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Penas máximas no processo administrativo disciplinar: uma visão neoconstitucionalista do poder vinculado da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. O constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Constructivismo lógico-semântico**. Vol. 1, São Paulo: Noeses, 2014.

CARVALHO, Feliciano de. Os direitos humanos e o constitucionalismo internacional latino-americano. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 17, n. 1, p. 47-64, jan./abr. 2016.

CARVALHO NETO, Pythagoras Lopes de; AUSTIN, John. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/43/edicao-1/john-austin>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

CASSESE, Antonio. **L'apertura degli ordinamenti statali all'ordinamento della comunità internazionale**. Suor Orsola: Editoriale Scientifica, 2009.

CASSESE, Sabino. **Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global**. Servilha: Editorial Derecho Global – Global Law Press, 2010.

CASTELLANO, Danilo. Constitución y poder constituyente. In: AYUSO, Miguel (ed.). **El problema del poder constituyente: constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 15-34.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. ¿Emergencia de un derecho constitucional común?: el caso de los pueblos indígenas. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 25, p. 41-83, 2010.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. ¿Quién es el guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 706-743, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHRISMANN, Pedro Henrique Veiga. **Repensando as sanções: uma análise interdisciplinar do fenômeno punitivo**. Rio de Janeiro, 2013. 95p. (Dissertação de Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995.

COING, Helmut. The sources and characteristics of the *ius commune*. **Comparative and International Law Journal**, Pretória, v. 19, n. 3, p.483-489, nov.1986.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Supremo Tribunal Federal brasileño: ¿El control de convencionalidad actúa juntamente con el control de constitucionalidad?. In: PIZZOLO, Calogero; MEZZETTI, Luca. **Tribunales supranacionales y tribunales nacionales**. Vol. 01, Buenos Aires: Astrea, p. 49-83, 2016.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade?. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 233-277, 2016.

CONDE, Enrique Álvarez; AUSINA, Rosario Tur. **Derecho constitucional**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2016, p. 593-597.

CONTESE, Jorge. **¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. (2014). Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

CONTRERAS, Juan Manuel Terán y. El concepto de constitución material y la jerarquización normativa. **Alegatos**, Cidade do México, n. 83, p. 15-30, jan./abr. 2013.

COTTIER, Thomas. Multilayered Governance, Pluralism, and Moral Conflict. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 02, p. 647-679, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 01, n. 01, p. 87-96, jan./jun. 2009

CUNHA, Paulo Ferreira da. Princípio republicano e virtudes republicanas. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, Ano 08, n. 02, p. 145-174, 2008.

DAL BOSCO, Maria Goretti; MATOS, Jatene da Costa. Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=73730>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Elaborada pelos representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, em 26 de agosto de 1789.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DELGADO, Pablo Soto. Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. **Revista Ius et Praxis**, Talca, ano 22, n. 2, p. 189-226, 2016.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. 2011, E-Book, *Kindle*.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix (org.). **Precedentes judiciais: diálogos transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 89-103.

DOMÍNGUEZ, Pablo González. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. **Estudios Constitucionales**, Talca, Año 15, N. 01, 2017, p. 55-98.

DONALD, Constanza Núñez. Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales. **Anuário de Derechos Humanos**, Santiago, n. 11, 157-169, 2015.

DONNELLY, Jack. **Universal human rights in theory and practice**. 3. ed., New York: Cornell University Press, 2013.

DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos?”. In: RIVERA, Julio César; ELÍAS, José Sebastián; GROSMAN, Lucas Sebastián; LEGARRE, Santiago (Coord.). **Tratado de los derechos constitucionales**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014, pp. 533-569. Disponível em: <https://law.utexas.edu/faculty/adulitzky/67-Impacto-del-Control-de-Convenionalidad.pdf> >. Acesso em: 15 de setembro de 2017.

DULITZKY, Ariel. **Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para (des) armar**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. **Manual de la constitución argentina**. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de direito administrativo**. vol. II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado. **Jurisprudencia: Revista da Faculdade de Direito da Ajes**, Juína, Ano 2, n. 3, p. 09-46, jan./jun. 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio; CORDEIRO, Karine da Silva. O precedente vinculante no sistema norte-americano: quando reproduzir o passado é mais importante do que modificar o

presente. In: Narciso L. X. Baez; Pavel Sturma; Vinicius A. Mozetic; Martin Faix. (Org.). **Mecanismos Internacionais e Internos de Efetividade dos Direitos Fundamentais**, Joaçaba: UNOESC, v. 01, p. 527-576, 2014.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Razones jurídicas del pacifismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia, vol. 1, Madrid: Editorial Trotta, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del estado**. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Curso de direito constitucional**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRARI, Sérgio. **Constituição estadual e federação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. Art. 37, § 4°. In: CANOTILHO, Joaquin José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 965-978.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 7. ed. Madrid: Trotta, 2016.

FOLLONI, André. O papel da ciência do direito tributário no desenvolvimento tributário. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar; FEITOSA, Raymundo Juliano Rego (Coord.). **Direito Tributário**. Florianópolis: CONPEDI, p. 194-215, 2014.

FOLLONI, André. **Ainda o reducionismo no direito**. Disponível em: <http://complexidade.net/2015/02/02/ainda-o-reducionismo-no-direito/>. Acesso em: 27 de dezembro de 2017.

FOLLONI, André. Complexidade, direito e normas jurídicas como emergências. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 2, p. 905-941, 2017.

FRANCO, Thalita Leme. **Efetividade das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**: identificação dos marcos teóricos e análise da conduta do Estado brasileiro. 149 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de Direito: governar por *standards* e indicadores.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social.** 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de direito penal no direito administrativo: breve estudo jurisprudencial a partir do princípio da insignificância. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 12, n. 134, abr. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=78648>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GAJA, Giorgio. Dualism: a review. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André (ed.). **New perspectives on the divide between national & international law.** Oxford: Oxford University Press, p. 52-62, 2007.

GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da Constituição: a transformação paradigmática da teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Teoría del control de convencionalidad. **Estudios Constitucionales**, Talca, Ano 14, N. 01, p. 61-94, 2016.

GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. Los incumplidores de reglas. In: GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio (dir.). **Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas.** Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Dejusticia, 2009, p. 237-282.

GIALDINO, Rolando E.. **Derecho internacional de los derechos humanos: principios, fuentes, interpretación y obligaciones.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GODOI, Christiane Kleinübing; FREITAS, Sandra Ferreira. A aprendizagem organizacional sob a perspectiva sócio-cognitiva: contribuições de Lewin, Bandura e Giddens. **Revista de Negócios**, Blumenau, v. 13, n. 4, p. 40-55, out./dez. 2008.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. Art. 37, § 6º. In: CANOTILHO, Joaquin José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GÓNGORA MERA, Manuel. Diálogos jurisprudenciais entre la Corte Interamericana de

Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas. In: BOGDANDY, Armin Von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). **La justicia constitucional y su internationalization: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?**, pp. 403-430, 2010. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/13.pdf>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2017.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. The block of constitutionality as doctrinal pivot of a *ius commune*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (ed.). **Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of new ius commune**. New York: Oxford University Press, 2017 p. 235-254.

GONZÁLEZ, Andrea Mensa. El control de convencionalidad como pilar del Sistema Interamericano. In: PIZZOLO, Calogero; MEZZETTI, Luca. **Tribunales supranacionales y tribunales nacionales**. Vol. 01, Buenos Aires: Astrea, p. 183-212, 2016.

GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A.. A implementação das sentenças da Corte na Argentina: uma análise do vaivém jurisprudencial da Corte Suprema da Nação. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 8, n. 15, dez. 2011.

GRIMM, Dieter. **Constitutionalism: past, present and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

GRIMM, Dieter. The achievement of constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, p. 03-22, 2010.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. Cooperação econômica entre entes federativos, transferências voluntárias de recursos financeiros e a natureza jurídica dos convênios públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 101-120, out./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da faute du service. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (Org.). **Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1131-1155.

HALBERSTAM, Daniel. Constitutional heterarchy: the centrality of conflict in the European Union and United States. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (eds.). **Ruling the world?: constitutionalism, international law, and global governance**. Cambridge: Cambridge

University Press, p. 326-355, 2009.

HARGER, Marcelo. Breve estudo acerca da delimitação constitucional da competência do Ministério Público. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, n. 47, ano 10, jan./fev. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=52481>>. Acesso em 22 fev. 2018.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF; Martins Fontes, 2009.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. **Revista do Instituto Interamericano de Direitos Humanos**. v. 39, p. 71-99, janeiro/julho de 2004.

HENRIQUE FILHO, Tarcísio. **Improbidade administrativa ambiental**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, Tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Frabris Editor, Porto Alegre, 1991.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad: el efecto “*erga omnes*” de las sentencias de la Corte Interamericana. **Estudios Constitucionales**, Talca, Año 11, n. 2, p. 695-710, 2013.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). **Estudios Constitucionales**, Año 7, n. 2, p. 109-128, 2009.

HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 22, n. 87, p. 5-22, jul./set. 1985.

HUERTAS-CÁRDENAS, Julián. Monismo moderado colombiano: examen a la teoría oficial de la Corte Constitucional desde la obra de Alfred Verdross. **Vniversitas**, Bogotá, n. 132, p. 197-234, jan./jun. 2016.

HUOMO-KETTUNEN, Merita. Heterarchical constitutional structures in European legal space. **European Journal of Legal Studies**, Florença, vol. 06, n. 01, p. 47-65, 2013.

IENSUE, Geziela; SGARBOSSA, Luis Fernando. Democracia e responsabilidade: breve análise dos instrumentos de responsabilização política nas democracias contemporâneas. **A & C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 145-173, out./dez. 2017.

IVO, Gabriel. **Constituição estadual: competência para a elaboração da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

JARAMILLO, Leonardo García. De la “constitucionalización” a la “convencionalización” del ordenamiento jurídico: la contribución del *ius constitutionale commune*. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 36, p. 131-166, jan./jun. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 226-248.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

KLAMERT, Marcus. **The principle of loyalty in EU law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KLATT, Matthias. **Hacer el derecho explícito**: normatividade semántica en la argumentación jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2017.

KOH, Harold Hongju. ¿Por qué las naciones obedecen al derecho internacional?. **Thêmis – Revista de Derecho**, Lima, n. 63, p. 11-50, 2013

KOMÁREK, Jan. **The legal world beyond the state: constitutional and pluralist?**
Disponível em: <https://cosmopolis.wzb.eu/content/programs/conkey_Komarek_legal-world-beyond-state.pdf>. Acesso em 27 de dezembro de 2016.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 56, p. 151-176, jun. 2008.

KRISCH, Nico. **Beyond constitutionalism**: the pluralist structure of postnational law. Oxford: Oxford University Press, 2010.

KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre a execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana (Coord.). **Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais. Rio de Janeiro: CEJIL, p. 15-103, 2009.

KUMM, Mattias. The jurisprudence of constitutional conflict: constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional treaty. **European Law Journal**, Oxford, vol. 11, n. 03, p. 262-307, 2005.

KUMM, Mattias. The Cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (eds.). **Ruling the world?: constitutionalism, international law, and global governance**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 258-324, 2009.

KUMM, Mattias. The best of times and the worst of times. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, p. 201-219, 2010.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória. In: LEITE, José Rubens Morato (coord.). FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (orgs.). **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13-54.

LEITE, Rodrigo de Almeida. A atuação do Conselho Permanente e da Assembleia Geral da OEA na supervisão do cumprimento de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos: comparatismos e considerações para um mecanismo mais eficiente. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 01, n. 14, p. 119-134, 2011.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel Derecho, 2018.

LOIS, Cecília Caballero; BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno. Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la constitución nacional o su nuevo comienzo?. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 40, p. 127-151, jan./jun. 2018.

LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina. El principio de legalidade y el control de convencionalidade de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, vol. XLIII, n. 128, p. 761-814, mai./ago. 2010.

LOPES, José Eduardo Gonçalves. **A execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: o caso português**. Lisboa: AAFDL, 2009.

LÓPEZ, Enrique Guillen. Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva de derecho constitucional europeo. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 42, p. 335-370, 2018.

LOUGHLIN, Martin. What is constitutionalization?. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, p. 47-69, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Questioning sovereignty: law, state and nation in the European Commonwealth**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidade: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 627-705, 2013a.

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*). **Estudios Constitucionales**, Talca, vol. 11, n. 2, p. 641-694, 2013b.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Bogotá, Año XXII, p. 337-256, 2016.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance** (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MADURO, Miguel Poiares. Contrapunctual law: europe's constitutional pluralism in action. In: WALKER, Neil (ed.). **Sovereignty in transition**. Portland: Hart Publishing, p. 501-564, 2003.

MADURO, Miguel Poiares. Interpreting european law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism. **European Journal of Legal Studies**, vol. 1, n. 2, p. 137-152, 2007.

MADURO, Miguel Poiares. Three claims of constitutional pluralism. In: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan. **Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond**. Portland: Hart Publishing, p. 67-85, 2012.

MADURO, Miguel Poiares. In search of a meaning and not in search of the meaning: judicial review and constitution in times of pluralism. **Wisconsin Law Review**, p. 541-563, 2013. Disponível em: <<http://wisconsinlawreview.org/wp-content/uploads/2013/05/7-Maduro.pdf>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 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**. 2015. 385 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém. 2015.

MAGALHÃES E GERRA, Marcel Vitor de. Sanção na Teoria do Direito de Bobbio: pesquisa enriquecida por apontamentos extraídos de ensaio inédito no Brasil, Sanzione, cedido pela família do autor ao Centro de Estudos Norberto Bobbio, em São Paulo. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 5.025-5.047, 2008.

MALBERG, R. Carré de. **Teoría general del Estado**. Tradução de José Lión Depetre. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MANSILLA, Isabel Turégano. La filosofía del derecho internacional de Dworkin: una teoría insuficientemente igualitaria. **El legado de Dworkin a la filosofía del derecho: tomando en**

serio el imperio del erizo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 413-435, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade: na perspectiva do direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 57-85, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Direito internacional dos direitos humanos**. Coimbra: Almedina, 2013.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibição administrativa**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MASSAU, Guilherme Camargo. *Ius Commune*. **Juris – Revista da Faculdade de Direito**, Rio Grande, v. 12, p. 95-108, 2006.

MAYER, Franz C; WENDEL, Mattias. Multilevel constitutionalism and constitutional pluralism. In: AVBELJ, Matej; KOMÁREK, Jan. **Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond**. Portland: Hart Publishing, p. 127-151, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**. 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza jurídica do estado federal**. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 1948.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEZZA-GARCIA, Nathalie; MALDONADO, Carlos Eduardo. Crítica al control jerárquico de los regímenes políticos: complejidad y topología. **Desafíos**, Bogotá, v. 27, n. 1, p. 121-158, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental**: proibição do retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOLINARO, Carlos Alberto. Direitos humanos: o maior discurso pós-guerra fria! Apenas um discurso? **Arquivo Jurídico**, Teresina, vol. 2, n. 1, p. 267-284, jan./jun. 2015.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Autoridade e liberdade na teoria do acto administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 25, n. 100, p. 127-162, out./dez. 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. Introduction. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André (ed.). **New perspectives on the divide between national & international law**. Oxford: Oxford University Press, p. 01-14, 2007a.

NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André. Beyond divide. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André (ed.). **New perspectives on the divide between national & international law**. Oxford: Oxford University Press, p. 341-360, 2007b.

NIKKEN, Pedro. El derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. **Revista do instituto interamericano de direitos humanos**. v. 57, p. 11-68, janeiro/julho de 2013.

NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público**. Curitiba: Juruá, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NÚÑEZ, Constanza. Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica. **Materiales de Filosofía del Derecho**, Madrid, N. 02, p.01-46, 2017. Disponível em: <<https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25317/WF-17-02.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2017.

OCHOA, Carla Huerta. Constitución en sentido material. In: MAC-GREGOR; Eduardo Ferrer; RAMÍREZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (Coord.). **Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional**. 2. ed. Cidade do México: Universidad Autónoma de México, 2014, p. 197-199, p. 197. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. A legitimidade das leis e das instituições de justiça na visão dos brasileiros. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**, São Carlos, v. 7, n. 2, jul./dez. 2017, pp. 275-296.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Responsabilidade civil do Estado**: reflexões a partir do direito fundamental à boa administração pública, p. 4. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4260766/mod_resource/content/0/RESPONSABILIDADE%20CIVIL%20DO%20ESTADO.%20Reflex%C3%B5es%20a%20partir%20do%20direito%20fundamental%20%C3%A0%20boa%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica.%20OLIVEIRA%20Gustavo%20Justino..pdf.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O direito de regresso do Estado decorrente do reconhecimento de responsabilidade civil extracontratual no exercício da função administrativa, In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Orgs.). **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 1121-1155.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem** (1948) Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Criada por resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em Santiago, Chile, em 1959. A CIDH foi formalmente instalada em

1960, quando foi aprovado seu Estatuto. Aprovada pelo Brasil através do Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Opinião Consultiva OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A, N.º 02, par. 29.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador" (Adotada em San Salvador, El Salvador, em 17 de Novembro de 1988, no Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru**. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C, N.º 110.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006a. Serie C, N.º 154.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentença de 24 de novembro de 2006b. Série C, N.º 158.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Vélez Loor Vs. Panamá**. Sentença de 23 de novembro de 2010, Série C, N.º 218.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso López Lone e outros Vs. Honduras**. Sentença de 05 de outubro de 2015. Serie C, N.º 302.

ORGANIZAÇÃO ESTADOS DOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Sentença de 16 de fevereiro de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, no dia 26/06/1945 após o término da Conferência sobre Organização Internacional e entrou em vigor no dia 24/10/1945 junto com o Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública:**

corrupção: ineficiência. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Num contexto mundial de unilateralismos exacerbados, seria possível uma Corte Constitucional Internacional? **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, vol. 9, n. 16, jan./jun. 2017, p. 27-38.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do direito constitucional e internacional dos direitos humanos. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito constitucional e internacional dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Revista Direito & Praxis**, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 02, p. 1389-1418, 2017.

PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas: a postura do juiz**. Curitiba: Juruá, 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto. A Convenção Quadro para o controle do tabaco como reforço da constitucionalidade da proibição da publicidade do tabaco. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 91, p. 169-208, jan/fev. 2014

PAULUS, Andreas L. The international legal system as a Constitution. *In*: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (eds.). **Ruling the world?: constitutionalism, international law, and global governance**. Cambridge: Cambridge University Press, p. 69-109, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Cidade do México, n. 20, p. 595-411, 2007.

PERLO, Claudia Liliana. Autopoiesis y poder: de la jerarquía a la trama de la vida. **Enfoques**, Libertador San Martín, v. 29, n. 1, p. 105-121, jun. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1669-27212017000100006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 21 de dezembro de 2018.

PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. **Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe**. WHI-Paper 7/04, Humboldt Universitat, Berlin, 2004. Disponível em: <<http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0704.pdf>> Acesso em 17 de janeiro de 2017.

PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. **The Columbia Journal of European Law**, Nova York, vol. 15, n. 3, p.349-407, 2009.

PERNICE, Ingolf. El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea. **Revista de Derecho Constitucional Europeo**, Granada, n. 17, 2012. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/ articulos/17_PERNICE.htm> Acesso em: 18 de janeiro de 2017.

PETERS, Anne. Global constitutionalism revisited. **International legal theory: why obey international law?**, vol. 11, p. 39-65, 2005. Disponível em: <<https://law.ubalt.edu/>>

centers/cicl/publications/ docs/ILT_11_2005.pdf.> Acesso em 28 de setembro de 2016.

PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. **Leiden Journal of International Law**, vol. 19, p. 579-610, 2006.

PETERS, Anne. The globalization of state constitutions. In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André (ed.). **New perspectives on the divide between national & international law**. Oxford: Oxford University Press, p. 251-308, 2007.

PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, Vol. 16, N. 2p. 397-411, 2009.

PETERS, Anne. Global constitutionalism. In: GIBBONS, Michael T. (E.). **The encyclopedia of political thought**. Oxford: Wiley Blackwell, p. 1.484-1.487, 2015.

PETERS, Anne. **Beyond human rights: the legal status of the individual in international law**. New York: Cambridge University Press, 2018.

PINTO, Mônica. **El principio pro homine: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos**, p. 163-172, 1997, p. 163. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2017.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **A abertura do sistema de direitos fundamentais do estado constitucional**. Curitiba: Íthala, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2012a.

PIOVESAN, Flávia. Direito humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012b.

PIOVESAN, Flávia. Sistema interamericano de direitos humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, vol. 06, n. 02, p. 142-154, jul./set. 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 61-97, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* em direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do Sistema Interamericano. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). **Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 25-49, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges and perspectives. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 49-66.

PIZZOLO, Calogero. Una comunidad de intérpretes finales en materia de derechos humanos. In: PIZZOLO, Calogero; MEZZETTI, Luca. **Tribunales supranacionales y tribunales nacionales**. Vol. 01, Buenos Aires: Astrea, p. 249-298, 2016.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PREUSS, Ulrich K.. Disconnecting constitutions from statehood: is global constitutionalism a viable concept?. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (eds.). **The twilight of constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, p. 23-46, 2010.

PUGLIESE, William Soares; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. The force the law, de Frederick Schauer. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 60, n. 2, p. 249-253,, maio/ago. 2015.

PUGLIESE, William Soares; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. “The Province of Jurisprudence Determined”, de John Austin. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, vol. 62, n. 02, p. 295-301, maio/ago. 2017.

RAMINA, Larissa. Direito internacional dos direitos humanos e seus reflexos no direito administrativo: breves apontamentos. In: BACELAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEN, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, p. 327-341, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil In: CASELLA, Paulo Borba; MEIRELLES, Elisabeth de Almeida e; POLIDO, Fabrício B. Pasquote. SOARES, Guido Fernando Silva (orgs.), **Direito internacional, humanismo e globalidade**: Guido Fernando Silva Soares: Amicorum Discipulorum Liber. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 451-468.

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012a.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade de 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, Vol. 106/107, p. 497-524, 2012c.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São

Paulo: Saraiva, 2012d.

RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e os tratados de direitos humanos: o “diálogo das Cortes e a teoria do duplo controle”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coor.); GERBER, Konstantin (org.). **A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 01-40, 2016.

RESENDE, Augusto César Leite de. A executividade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 10, n. 2, p. 225-236, 2013.

RESENDE, Augusto César Leite de. **A tutela jurisdicional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIZZOLI, Alan Luiz. **O controle público de agrotóxicos em Santa Catarina sob a perspectiva do modelo do sistema viável (VSM): o caso da CIDASC**. 2013. Dissertação (Mestrado em Agroecossistemas) – Programa de Pós-Graduação em Agroecossistemas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

ROSARIO-RODRÍGUEZ, Marcos Francisco del. La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. **Dikaion**, Chía, ano 25, v. 20, n. 1, p. 97-117, jun. 2011.

ROTHSCHILD, Emma. **Sentimentos econômicos: Adam Smith, Condorcet e o iluminismo**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

RUARO, Regina Linden. Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais. **Revista Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 1, p. 231-245 out./dez. 2007.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, vol. XVIII, n. 2, p. 61-96, 2012.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAGÜES, Néstor Pedro. **El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: concordancias y diferencias con el sistema europeo**. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>.

SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade. **Estudios Constitucionales**, Año 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

SALLES, Michelle de Andrade Souza Diniz; VILLARDI, Beatriz Quiroz. Explicitando aprendizagem informal vicária e experiencial na ação de gestores públicos em uma centenária Instituição Federal de Educação Superior brasileira. **Anais do VIII Encontro de Estudos**

Organizacionais da ANPAD, p. 1-16, 2014. Disponível em: http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2014_EnEO155.pdf. Acesso em 30 de dezembro de 2017.

SANCHÍS, Luís Prieto. Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. In: CARBONELL, Miguel. **Teoría de la Constitución: ensayos escogidos**. Cidade do México: Porrúa, 2006, p. 302-342.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Federal de 1988, os tratados de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (orgs.). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, p. 779-800, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FURIAN, Leonardo; FENSTERSEIFER. A reforma (deforma?) do Judiciário e a assim designada “federalização” dos crimes contra direitos humanos: proteção ou violação de princípios e direitos fundamentais?. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, n. 12, ano 4, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=34588>> . Acesso em 26 de dezembro de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHAUER, Frederick. **The force of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional e ADPF 138. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 21 de dezembro de 2015. <Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/filtragem-constitucional-e-adpf-378-1841mh3iwui5eu9c76tn7ib9>>. Acesso em: 08 de outubro de 2016.

SERNA DE LA GARZA, José María. El concepto del Ius Commune Latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 193-214.

SHAPIRO, Scott J.. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, pos. 995-1001. *Kindle*.

SHAW, Malcom N.. **Direito internacional**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento e Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial globalization. **Virginia Journal International Law**, vol. 40, p. 1.103-1.124, 2000.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law). In: NIJMAN, Janne; NOLLKAEMPER, André (ed.). **New perspectives on the divide between national & international law**. Oxford: Oxford University Press, p. 110-133, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização: como dar certo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, Ano XVII, n. 06, p. 07-64, out. 1966.

TYLER, Tom R. **Why people obey the law**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

ULFSTEIN, Geir. The relationship between constitutionalism and pluralism. **Goettingen Journal of International Law**, Göttingen, vol. 04, n. 02, p. 575-583, 2012.

VALADÃO, Rodrigo Borges. República e responsabilidade civil dos magistrados. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 03, p. 1898-1914, 2017.

VARELLA, Marcelo D.. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VÁSQUEZ, Pablo Contreras. Notas sobre el *corpus juris* interamericano. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira; CAVALLO, Gonzalo (coord.). **Control de convencionalidade, corpus iuris y ius commune interamericano**. Santiago: Triángulo, p. 145-157, 2017.

VAZ, Manuel Afonso. **Teoria da constituição: o que é uma constituição, hoje?** Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

VIEIRA, Luciane Klein; VEDOVATO, Luís Renato. A relação entre o direito interno e direito internacional. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, Assunção, Ano 3, nº 6, p. 207-225, Agosto 2015.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WALKER, Neil. The idea of constitutional pluralism. **Modem Law Review**, vol. 65, n. 3, p. 317-359, 2002.

WALKER, Neil. Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 06, n.03-04, p. 373-396, 2008.

WINTER, Luís Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. Estado: construção de uma identidade. In: GALUPPO, Marcelo Campos; FEITOSA, Raymundo Juliano (Org.). **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte - Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 873-897, 2008.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal**. 2. ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2008, p. 31, tradução nossa.

Disponível em:

<http://www.cejamericas.org/BoletinNexos/publicaciones/DialImpactodelcontroldeconvencionalidadLibroBloquedeConstitucionalidadyProcesoPenal.pdf>.

YEUNG, Karen. Quantifying regulatory penalties: australian competition law penalties in perspective. **Melbourne University Law Review**, Melbourne, vol. 23, n. 2, p. 440-475 1999. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/1999/18.html>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos y justicia**. 10. ed. Madrid: Editora Trotta, 2011.

ZANITELLE, Leandro Martins. Motivação para obediência e o debate regras versus princípios. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 93-114, jan./jun. 2015.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ZÚÑIGA, Natalia Torres. Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Derecho PUCP**, Lima, N. 70, p. 347-369, 2013.