

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FELIPE KLEIN GUSSOLI

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA
FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

CURITIBA

2023

FELIPE KLEIN GUSSOLI

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA
FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

Tese apresentada ao Programa de
Pós- Graduação em Direito, na
Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, como
requisito parcial à obtenção do título
de Doutor em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Daniel
Wunder Hachem

CURITIBA

2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Gussoli, Felipe Klein

Controle de convencionalidade pela função
administrativa do Estado / Felipe Klein Gussoli. – Curitiba,
2023.

1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação
em Direito.

Orientador: Daniel Wunder Hachem.

1. Controle de convencionalidade. 2. Administração
pública. 3. Direitos humanos. I. Hachem, Daniel Wunder.
II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº412

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia treze de dezembro de dois mil e vinte e três às 13:30 horas, na sala de Defesas - 317, PPGD UFPR - Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **FELIPE KLEIN GUSSOLI**, intitulada: **Controle de convencionalidade pela função administrativa do Estado**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: ENEIDA DESIREE SALGADO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), EURICO BITENCOURT NETO (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS), FLAVIA CRISTINA PIOVESAN (PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO), JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA), SIDDHARTA LEGALE (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, ENEIDA DESIREE SALGADO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: Aprovado com distinção, louvor e recomendação para publicação.

CURITIBA, 13 de Dezembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

14/12/2023 09:46:32.0

ENEIDA DESIREE SALGADO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/12/2023 13:06:59.0

EURICO BITENCOURT NETO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS)

Assinatura Eletrônica

14/12/2023 10:38:17.0

FLAVIA CRISTINA PIOVESAN

Avaliador Externo (PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica

16/01/2024 16:39:59.0

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Avaliador Externo (UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA)

Assinatura Eletrônica

14/12/2023 19:02:01.0

SIDDHARTA LEGALE

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **FELIPE KLEIN GUSSOLI** intitulada: **Controle de convencionalidade pela função administrativa do Estado**, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 13 de Dezembro de 2023.

Assinatura Eletrônica

14/12/2023 09:46:32.0

ENEIDA DESIREE SALGADO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

21/12/2023 13:06:59.0

EURICO BITENCOURT NETO

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS)

Assinatura Eletrônica

14/12/2023 10:38:17.0

FLAVIA CRISTINA PIOVESAN

Avaliador Externo (PONTIFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica

16/01/2024 16:39:59.0

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Avaliador Externo (UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA)

Assinatura Eletrônica

14/12/2023 19:02:01.0

SIDDHARTA LEGALE

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO)

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil

CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2685 - E-mail: ppgdufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.

Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 332970

Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://siga.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp> e insira o código 332970

AGRADECIMENTOS

Tive apoio de muitos para que as páginas seguintes fossem escritas e para que as ideias nela materializadas pudessem ser defendidas. O duro período da pandemia iniciada em 2020 que atravessou o mundo também atravessou a pesquisa, e sem o apoio da familiares e amigos teria sido impensável prosseguir. Poderia citar muitos para agradecer. Cito Camila, minha amada, presente em todas as linhas.

Agradeço à Universidade Federal do Paraná nas pessoas de seus servidores técnicos e docentes. Com eles convivo, estudo, cresço e mudo desde 2010, quando iniciei a trajetória nas Ciências Jurídicas. Entre os docentes, registro meu especial obrigado ao Prof. Daniel Hachem, orientador e conselheiro, sem o qual eu não teria enveredado pelos caminhos do Direito Público e, possivelmente, sequer pelos do mundo acadêmico.

Obrigado aos docentes e amigos do Instituto Romeu Felipe Bacellar, da Pontifícia Universidade Católica Paraná e das demais instituições onde durante o caminho de produção da tese tive a honra de ensinar e aprender com os muitos alunos com quem convivi. Eles, sem saber, me incentivaram a dar o meu melhor, e por isso sou grato.

Voluntariamente ou não, no exercício da advocacia colho todo dia material para a pesquisa, que só faz sentido se voltada para a realidade. Não posso, assim, deixar de registrar meu eterno agradecimento aos amigos e colegas de todas as horas do Bacellar & Andrade.

Agradeço, por fim, aos professores que integraram em abril de 2023 a banca de qualificação de doutorado da presente pesquisa. As pacientes sugestões e contribuições dos Professores Emerson Gabardo, Mônia Clarissa Henning Leal e Siddharta Legale foram inestimáveis para conclusão do trabalho que ora se apresenta.

RESUMO

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos afirma que todos os órgãos de Estado, no marco de suas competências, devem realizar controle de convencionalidade. A pesquisa da jurisprudência internacional indica que todas as funções estatais exercidas pelos Poderes da República, bem como órgãos não identificados classicamente dentro de algum daqueles Poderes, devem obrigatoriamente realizar de ofício o controle de convencionalidade de normas jurídicas e práticas estatais. Contudo, no Brasil tal prática não ocorre entre os órgãos que exercem função administrativa, havendo um descompasso entre a jurisprudência internacional e o comportamento dos agentes públicos nacionais no exercício de suas competências. Diante dessa problemática, o objetivo da pesquisa é verificar se no Brasil, em face dos tratados internacionais de direitos humanos de que é signatário, os agentes públicos podem (ou devem) exercer o controle de convencionalidade no exercício da função administrativa do Estado. Com respaldo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e principalmente nos arts. 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), nos arts. 4º, II e IX e 5º, §§ 1º a 3º da Constituição Federal e art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), a tese propõe que há no ordenamento jurídico fundamentos suficientes para sustentar que o controle de convencionalidade, inclusive em sua modalidade repressiva, deve ser realizado em procedimentos e processos administrativos por todos os entes e órgãos do Estado no exercício da função administrativa, sem limitação às autoridades superiores ou órgãos com assento constitucional. Qualquer servidor público com competência decisória e de qualquer hierarquia deve exercer controle de convencionalidade, uma vez que as suas decisões administrativas pela inconvenção de normas ou práticas estatais concretizam os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e garantem no plano da efetividade a mais ampla proteção e garantia dos direitos humanos. Na tese são identificadas as relações hierárquicas e não hierárquicas entre os tratados internacionais de direitos humanos e demais normas jurídicas nacionais no ordenamento jurídico brasileiro, com atenção ao princípio *pro persona*. Analisa-se o grau de obrigatoriedade da jurisprudência internacional na interpretação e aplicação de normas jurídicas convencionais no Brasil e são descritas as consequências e efeitos da declaração de inconvenção pela Administração direta e indireta de todos os entes federativos. Defende-se que essa não é uma atividade reservada ao Poder Judiciário e que os demais Poderes e funções estatais do Estado, especialmente a função administrativa, podem declarar a inconvenção para afastar a aplicação de normas jurídicas e práticas independentemente da intervenção jurisdicional. Podem recusar o cumprimento de ordens, comandos ou provimentos inconvenção. As modalidades, condições e limites do exercício do controle de convencionalidade pela função administrativa propostas na tese são defendidos em contexto no qual ainda não existe regulação constitucional ou legal sobre como o controle de convencionalidade deve ser realizado no Brasil, sendo formuladas na tese *de lege ferenda*, mediante interpretação do Direito brasileiro conforme a Constituição e às convenções internacionais de direitos humanos. A metodologia empregada é hipotético-dedutiva.

Palavras-chave: controle de convencionalidade; função administrativa; Administração Pública; declaração de inconvenção; direitos humanos.

ABSTRACT

The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights states that all State bodies, within the framework of their competences, must carry out conventionality control. Research into international jurisprudence indicates that all state functions exercised by the Powers of the Republic, as well as bodies not classically identified within any of those Powers, must carry out *ex officio* control of the conventionality of legal norms and state practices. However, in Brazil this practice does not occur among bodies that perform administrative functions, with a gap between international jurisprudence and the behavior of national public agents in the exercise of their powers. Faced with this problem, the objective of the research is to verify whether in Brazil, in view of the international human rights treaties to which it is a signatory, public agents can (or should) exercise conventionality control in the exercise of the State's administrative function. Based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, and mainly on arts. 1.1 and 2 of the American Convention on Human Rights (Pact of San Jose, Costa Rica), in arts. 4th, II and IX and 5th, §§ 1st to 3rd of the Brazilian Federal Constitution and art. 7 of the Transitional Constitutional Provisions Act (ADCT), the thesis proposes that there are sufficient grounds in the legal system to support that the control of conventionality, including in its repressive modality, must be carried out in administrative procedures and processes by all entities and bodies of the State in the exercise of administrative functions, without limitation to higher authorities or bodies with a constitutional seat. Any public agent with decision-making competence and of any hierarchy must exercise conventionality control, since their administrative decisions materialize the international commitments assumed by the Brazilian State and guarantee, in terms of effectiveness, the broadest protection and guarantee of human rights. The thesis identifies hierarchical and non-hierarchical relationships between international human rights treaties and other national legal norms in the Brazilian legal system, with attention to the *pro persona* principle. The degree of obligation of international jurisprudence in the interpretation and application of conventional legal norms in Brazil is analyzed and the consequences and effects of the declaration of unconventionality by the Administration of all federative entities are described. It is argued that this is not an activity reserved for the Judiciary and that the other Powers and state functions, especially the administrative function, can declare unconventionality to rule out the application of legal norms and practices regardless of judicial intervention. They may refuse to comply with orders, commands or unconventional provisions. The modalities, conditions and limits of the exercise of conventionality control by the administrative function proposed in the thesis are defended in a context in which there is still no constitutional or legal regulation on how conventionality control should be carried out in Brazil, being formulated *de lege ferenda*, through the interpretation of Brazilian Law in accordance with the Constitution and international human rights conventions. The methodology used is hypothetical-deductive.

Key-words: conventionality control; administrative function; Public administration; declaration of unconventionality; human rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: FUNDAMENTOS, CRÍTICA E ASPECTOS OPERACIONAIS	15
1.1. Fundamentos do controle de convencionalidade pelos agentes públicos	15
1.1.1. A construção jurisprudencial do controle de convencionalidade pela Corte IDH .	15
1.1.2. Espécies do controle de convencionalidade	40
1.1.2.1. Controle de convencionalidade quanto ao sujeito competente.....	40
1.1.2.2. Controle de convencionalidade quanto ao objeto controlado.....	52
1.1.2.3. Controle de convencionalidade quanto ao momento do exercício do controle	53
1.1.2.4. Controle de convencionalidade quanto a intensidade do resultado do controle	54
1.2. A adequação do controle de convencionalidade aos ordenamentos jurídicos internacional e nacional: a viabilidade e utilidade da técnica	55
1.2.1. As críticas ao controle de convencionalidade.....	55
1.2.1.1. Aspecto formal: ausência de previsão expressa da técnica em tratado	56
1.2.1.2. Aspecto hermenêutico: a Corte IDH não teria competência para criar técnica por interpretação	61
1.2.1.3. Aspecto normativo-regulatório: o controle de convencionalidade fomentaria insegurança jurídica	67
1.2.1.4. Aspecto institucional: o controle de convencionalidade ignoraria o déficit democrático das instituições internacionais	71
1.2.1.5. Aspecto da eficácia: o controle de convencionalidade não teria atingido seus propagados propósitos	77
1.2.1.6. Síntese das críticas.....	80
1.2.2. As respostas às críticas	82
1.2.2.1. O Direito Internacional dos Direitos Humanos como disciplina autônoma e o efeito útil dos tratados	82
1.2.2.2. A atribuição dos Estados-partes de implementação do SIDH em paralelo à CIDH e à Corte IDH	93
1.2.2.3. A competência e legitimidade democrática da Corte IDH para interpretar evolutivamente a CADH	97
1.2.2.4. O princípio da subsidiariedade em favor do protagonismo do Estado na concretização dos direitos humanos	115
1.2.2.5. Resposta à alegada ineficácia e inutilidade do controle de convencionalidade	120
1.2.2.6. Resposta ao alegado fomento de insegurança jurídica	126
1.2.2.7. Síntese das respostas às críticas.....	129
1.3. Aspectos operacionais do controle de convencionalidade no Direito brasileiro	131
1.3.1. Distinções e pontos de contato entre controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade	131

1.3.1.1. Distinção quanto aos órgãos competentes para controle de constitucionalidade e convencionalidade	134
1.3.1.2. Distinção quanto ao parâmetro de controle de constitucionalidade e de convencionalidade	138
1.3.1.3. A teoria do duplo controle: os controles de constitucionalidade e convencionalidade não se confundem	142
1.3.2. Parâmetro de controle, objeto do controle e efeitos gerais da declaração de inconvenção	144
1.3.2.1. Normas internacionais parâmetro de controle de convencionalidade: o bloco de convencionalidade	144
1.3.2.2. Objeto do controle de convencionalidade: normas e práticas estatais.....	155
1.3.2.3. Efeitos gerais da declaração de inconvenção.....	167
2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO ESTADO-ADMINISTRAÇÃO	194
2.1. A Administração Pública no Estado Convencional de Direito.....	194
2.1.1. A vinculação administrativa à legalidade estrita no Estado Legislativo superada pela vinculação aos tratados de direitos humanos no Estado Convencional	195
2.1.2. O critério (princípio) pro persona como balizador da interpretação normativa e controle de convencionalidade	208
2.2. A controvérsia sobre a possibilidade de exercício do controle de convencionalidade por autoridades administrativas	222
2.2.1. Argumentos contrários ao exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública.....	227
2.2.1.1. Princípio da separação dos poderes do Estado e da legalidade administrativa	227
2.2.1.2. Ausência de poderes da Corte IDH para criar competências não previstas em tratado	233
2.2.1.3. A jurisprudência da Corte IDH sequer teria se firmado a favor de competências controladoras pela função administrativa	238
2.2.1.4. A função administrativa não seria vocacionada para o controle de convencionalidade	239
2.2.1.5. O controle de convencionalidade só poderia ser exercido por quem competente para o controle de constitucionalidade	241
2.2.1.6. Síntese dos argumentos contrários	249
2.2.2. Argumentos favoráveis ao exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública.....	249
2.2.2.1. O princípio da separação de Poderes do Estado não é rígido nem absoluto	250
2.2.2.2. A Corte IDH tem legitimidade para interpretar a CADH e identificar competências para a função administrativa	260
2.2.2.3. O controle de convencionalidade pela função administrativa atende ao desejado efeito útil dos tratados.....	262
2.2.2.4. O controle de convencionalidade pela função administrativa satisfaz os direitos humanos sem necessidade de postergação do conflito ao Judiciário	264
2.2.2.5. A presunção de convencionalidade das normas é relativa	266

2.2.2.6. O controle de convencionalidade pela função administrativa contribui para a prevenção da responsabilidade internacional do Estado	267
2.2.2.7. A falta de regulação do controle de convencionalidade não pode impedir o exercício de uma técnica que satisfaz direitos humanos	268
2.2.2.8. Segurança jurídica: o controle de convencionalidade pela função administrativa não afasta a possibilidade de controle jurisdicional	273
2.2.2.9. Síntese dos argumentos favoráveis.....	284
2.3. Proposta de modelo de controle de convencionalidade exercido por autoridades administrativas	287
2.3.1. Competência para o exercício do controle de convencionalidade por autoridades administrativas com poder decisório	288
2.3.2. Modalidades e efeitos de controle de convencionalidade admissíveis no exercício da função administrativa.....	303
2.3.2.1. O controle de convencionalidade deve acontecer em procedimentos administrativos	304
2.3.2.2. O controle de convencionalidade deve ser realizado em sua máxima extensão nos limites da competência de cada autoridade administrativa: crítica à teoria das intensidades	306
2.3.2.3. Efeitos gerais da declaração de inconvencionalidade pela função administrativa	323
3. ASPECTOS PRÁTICOS DO MODELO PROPOSTO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS	328
3.1. O controle de convencionalidade de normas pela função administrativa.....	328
3.1.1. Primeiro exemplo: art. 37 da Lei n. 6.024/1974.....	339
3.1.2. Segundo exemplo: art. 132, VI da Lei n. 8.112/1990.....	341
3.1.3. Terceiro exemplo: arts. 47, II e 56 da Lei Complementar n. 35/1979.....	343
3.1.4. Quarto exemplo: arts. 52 e 53, V da Lei n. 7.210/1984.....	346
3.1.5. Efeitos quanto aos destinatários e veículo jurídico da declaração de inconvencionalidade	351
3.1.6. Declaração de inconvencionalidade como questão incidental ou principal	353
3.1.7. Cabimento de recurso administrativo e controle judicial	353
3.2. O controle de convencionalidade de práticas estatais pela função administrativa .	355
3.2.1. Controle de convencionalidade de atos jurisdicionais.....	356
3.2.1.1. Controle sobre decisões judiciais que contrariam uma norma de tratado de direitos humanos.....	357
3.2.1.2. Controle de convencionalidade de decisões judiciais que contrariam uma sentença internacional dirigida ao Estado-parte	374
3.2.2. Controle de convencionalidade de atos administrativos.....	385
3.3. O controle de convencionalidade por omissão exercido pela função administrativa	399
3.3.1. Declaração de inconvencionalidade por omissão genérica	400
3.3.1.1. Efeito publicizante da inconvencionalidade por omissão	404
3.3.1.2. Efeito supletivo da inconvencionalidade por omissão	408

3.3.1.3. Exemplos de casos de declaração de inconveniência por omissão com efeitos publicizantes e supletivos	410
3.3.2. Declaração de inconveniência por omissão concreta de autoridade administrativa identificável	415
3.3.2.1. Descumprimento de norma de tratado internacional por ato omissivo inconveniente.....	415
3.3.2.2. Descumprimento de decisão internacional por ato omissivo inconveniente	420
CONCLUSÃO.....	429
REFERÊNCIAS	436

INTRODUÇÃO

Nem todas as funções de Estado realizam controle de convencionalidade no Brasil. Há, na verdade, um déficit na aplicação de tratados internacionais de direitos humanos por todos Poderes e instituições de Estado (mesmo pelo Judiciário). Por outro lado, não há na doutrina nacional o aprofundamento do assunto no que diz respeito ao controle de convencionalidade pelo Estado-administração, tampouco quanto a propostas de critérios e métodos que deveriam orientar os demais agentes públicos além dos juízes no exercício da técnica fomentada desde o ano de 2006 no Caso Almonacid Arellano vs. Chile pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Nem mesmo há definição dos critérios de compatibilização entre as decisões das autoridades nacionais com as decisões da Corte IDH. Esse é o conjunto de problemas identificados no cenário jurídico-normativo no Brasil, que propicia por sua vez o descumprimento da normativa internacional vigente e impede a aplicação concreta dos direitos humanos previstos em tratados.

A tese defende, diante daquele cenário deficitário, que a função administrativa tem um papel importante na efetivação dos direitos humanos com os quais o Estado brasileiro se comprometeu na arena internacional e em favor não só de seus cidadãos, mas de todos os seres humanos. Para tanto, assim como propaga a Corte IDH desde ao menos a decisão de supervisão de cumprimento de sentença do Caso Gelman vs. Uruguai de 2011, órgãos no exercício da função administrativa devem realizar o controle de convencionalidade sobre normas de qualquer natureza e práticas estatais.

Ainda não há regulação do controle de convencionalidade na Constituição ou leis brasileiras, o que contribuiria para dar maior previsibilidade às consequências de sua utilização, e mesmo poderia definir os contornos e limites seguros do que um agente público no exercício da função administrativa pode ou não pode fazer em matéria de controle. A falta de regulação, todavia, não pode servir de escusa para que a função administrativa faça prevalecer os direitos humanos e recuse a aplicação de normas e práticas atentatórias aos tratados. A tese, nesse contexto de lacuna constitucional e legislativa, propõe um modelo de regime jurídico de controle de convencionalidade para a função administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo principal é propor um modelo de como o Poder Executivo, outros Poderes no exercício da função administrativa e órgãos estatais não inseridos na estrutura do art. 2º da Constituição mas que exercem função administrativa podem invalidar normas e práticas e corrigir omissões inconventionais.

Por mais abundante que seja o tratamento do tema na literatura brasileira da última década, “o controle de convencionalidade ainda se encontra longe de alcançar a maturidade, seja do ponto de vista teórico-doutrinário ou nas manifestações dos tribunais” da América-Latina.¹ A técnica foi enunciada há quase 20 anos pela Corte IDH, mas “em matéria de controle de convencionalidade tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira se encontram em uma fase que se pode (ainda) designar de embrionária”.² Nesse sentido, a tese é inovadora, porque salvo raras exceções³, trabalhos similares e anteriores reduzem a investigação do tema do controle de convencionalidade ao papel exclusivo *do Poder Judiciário* no controle de compatibilidade de normas nacionais (constitucionais ou não) com as convenções ou tratados internacionais de direitos humanos vigentes.⁴

O capítulo 1 é descritivo, e estabelece os fundamentos e principais características do controle de convencionalidade como técnica de compatibilização normativa e de atuação estatal. Apresenta a origem jurisprudencial do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e apresenta os argumentos favoráveis e desfavoráveis à sua utilização pela Corte IDH no plano internacional e nos ordenamentos jurídicos nacionais. Demonstra as diversas classificações admitidas para as modalidades de controle de convencionalidade e justifica a adesão à dicotomia entre controle de convencionalidade internacional e controle de convencionalidade nacional, no qual incluído aquele exercido pela função administrativa. No capítulo são apresentados, também, os argumentos pelos quais se entende que o controle de convencionalidade precisa se distanciar dos pressupostos teóricos utilizados para justificação e aplicação do controle de constitucionalidade.

O capítulo 2 é descritivo e propositivo. Justifica a vivência contemporânea de um Estado Convencional de Direito, em que as normas produzidas internamente pelo Estado convivem com as normas produzidas internacionalmente e que são ratificadas e internalizadas

¹ MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelos tribunais latino-americanos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 607.

² SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 58.

³ Destaca-se a obra de Mazzuoli, Faria e Oliveira, mais à frente discutida e que enfrenta o controle de convencionalidade pelo Ministério Público: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁴ Cf. v.g. GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2018; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

pelo próprio Estado. Apresenta o princípio *pro persona* de seleção e interpretação de normas, novo balizador dos conflitos normativos que envolvem normas internacionais e nacionais de direitos humanos e de observância obrigatória pela Administração Pública. No capítulo também são cotejados os principais argumentos contrários e favoráveis à extensão da competência de controle de convencionalidade às autoridades da função administrativa, com o objetivo de defender uma interpretação extensiva da técnica enquanto o Estado brasileiro não a regular. Um modelo de controle de convencionalidade nacional pela função administrativa é proposto no capítulo 2, com justificação das autoridades competentes para exercê-lo em quaisquer procedimentos e processos administrativos e demonstração das condições para declaração de inconvenção nas modalidades por omissão e repressiva. A esta última é dado destaque em razão da consequente recusa de aplicação da norma nacional ou prática estatal que ela gera, e que só pode acontecer após uma tentativa de interpretação convencionalmente adequada e com observância de efeitos diferentes a depender da norma objeto de controle ou sua origem. No mesmo capítulo defende-se que não há razão para manter a distinção entre não aplicação e declaração de inconvenção (empregada com frequência no controle de convencionalidade). Defende-se também que em certas ocasiões não há uma diferença absoluta entre interpretar uma norma segundo os tratados de direitos humanos e invalidá-la por inconvenção, o que permite superar a teoria das intensidades do controle de convencionalidade.

No capítulo 3 a defesa da tese de que compete a toda autoridade no exercício da função administrativa o dever-poder de controlar a convencionalidade de normas e práticas é dissecada a partir de exemplos. Apresenta-se a hipótese de controle de convencionalidade de normas. Na sequência, apresenta-se a hipótese em que há controle de convencionalidade sobre práticas, nesta tese justificadamente classificadas à parte das normas e com demonstração de controle de convencionalidade de decisões judiciais e atos administrativos que contrariam tratados, condenação internacional ou a jurisprudência da Corte IDH. Por fim, demonstram-se hipóteses de controle de convencionalidade por omissão exercido pelo Estado-administração a partir de exemplos nos quais se demonstra que a inércia estatal pode gerar declaração de inconvenção pela função administrativa, com efeitos publicizantes e supletivos de competências.

1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: FUNDAMENTOS, CRÍTICA E ASPECTOS OPERACIONAIS

O capítulo apresenta a técnica do controle de convencionalidade e seu histórico. Identifica os pontos a favor e contra o uso da técnica, que não possui expressão normativa no ordenamento jurídico brasileiro. Diferencia, ainda, o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade, ao mesmo tempo que descreve os pontos de contato entre ambos.

A tese se restringirá à análise do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), com priorização da verificação de como a função administrativa de Estado deve realizar o controle de convencionalidade a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e outros tratados daquele sistema regional de proteção de direitos humanos. A investigação assim se limita não apenas por uma opção metodológica, mas principalmente porque a doutrina do controle de convencionalidade é uma construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão do SIDH, do qual o Brasil faz parte e com o qual guarda maior proximidade geográfica e cultural.⁵

1.1. Fundamentos do controle de convencionalidade pelos agentes públicos

A autorização para exercício de controle de convencionalidade por qualquer agente público origina-se na jurisprudência da Corte IDH. Neste subcapítulo será demonstrado como se fundamentou tal diretriz a partir das espécies e características do controle de convencionalidade propugnado pelo tribunal internacional responsável pela sua criação e divulgação.

1.1.1. A construção jurisprudencial do controle de convencionalidade pela Corte IDH

⁵ No âmbito das Nações Unidas já houve crítica à criação dos sistemas regionais, pois minariam a pretensão universalista do sistema onusiano de direitos humanos. Apesar disso, há ganhos com a criação de sistemas regionais de proteção, tanto mais quando em torno dos países “existe a vantagem da proximidade no sentido de influenciar reciprocamente seu comportamento e de assegurar a concordância com padrões comuns, coisa que o sistema global não oferece.” (HEYNS, Christof; PADILHA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 4, a. 3, p.161-169, 2006. p. 161).

O Brasil está sujeito à jurisdição dos seguintes órgãos jurisdicionais internacionais: (i) Corte Internacional de Justiça (Decreto n. 19.841/1945); (ii) Tribunal Internacional do Direito do Mar (Decreto n. 99.165/1990); (iii) Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (Decreto n. 1.355/1994); (iv) Tribunal Penal Internacional (Decreto n. 4.388/2002); (v) Corte IDH (Decreto n. 4.463/2002); e (vi) Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (Decreto n. 4.982/2004).⁶ Entre esses tribunais, o mais relevante em matéria de direitos humanos é a Corte IDH, cuja previsão de criação está na CADH.⁷ A Conferência Interamericana Especializada em Direitos Humanos que tomou lugar em São José da Costa Rica entre 7 e 22 de novembro de 1969 foi responsável pela conclusão, após longos preparativos, da CADH.⁸ Eram necessárias 11 ratificações para entrada em vigor da CADH (art. 74.2), o que aconteceu em 18 de julho de 1978.⁹ Um ano depois foi instalada na mesma cidade de São José a Corte IDH, em 1979.¹⁰ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH)¹¹ não se confunde com a Corte, e foi estabelecida antes, em 25 de

⁶ Após listar aqueles tribunais, Nevitton Vieira Souza registra que até 2018 o Brasil havia sido condenado apenas pela Corte IDH e pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (SOUZA, Nevitton Vieira. *Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil*. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 343-356, 2018. p. 346). Sobre os casos brasileiros na Corte IDH, cf. LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Claudio Martins de (Org.). **Direitos Humanos na prática interamericana: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019).

⁷ (CADH) “Art. 52.1. A Corte compor-se-á de sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. 2. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade.”

⁸ RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 28, p. 15–51, 2014. p. 21.

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários ao art. 74. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 419. Também disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁰ RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 28, p. 15–51, 2014. p. 21.

¹¹ A Comissão foi responsável por mudanças estruturais em uma série de áreas, especialmente a partir da década de 1990. Por exemplo, a Lei Maria da Penha, Lei n. 10.886/2004, que tipificou o crime de violência doméstica no art. 129, § 9º do Código Penal, foi uma consequência do Caso n. 12.051 que tramitou na Comissão IDH e resultou no Relatório n. 54/2001. Entre as recomendações, estavam mudanças legislativas de adequação da ordem interna aos preceitos da Convenção de Belém do Pará. Também resultou na Lei n. 10.778/2003 que prevê notificação compulsória de serviços de saúde que atendem mulheres violentadas. Para um histórico das recomendações da Comissão IDH ao Brasil em matéria de direitos humanos entre a década de 1990 e 2000, e sobre como impactaram as políticas públicas brasileiras do período em matéria de violência doméstica, conflitos fundiários, trabalho escravo, tortura e violência policial, e proteção de defensores de direitos humanos ameaçados, cf. TEREZO, Cristina Figueiredo. A efetividade das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 211-234, jul./dez. 2006.

maio de 1960, com a criação do estatuto¹², cuja revisão se deu em 1979 e após a entrada em vigor da CADH.¹³

São 23 os países integrantes do SIDH que ratificaram a CADH e continuam hoje sujeitos às suas normas¹⁴: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai.¹⁵ Nem todos esses países se sujeitam à jurisdição de Corte IDH, o que depende de declaração expressa e facultativa dos Estados-parte da CADH (art. 62.1).¹⁶ Via Decreto n. 4.463/2022, o Brasil declarou que reconhece expressamente competência obrigatória da Corte IDH para todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH. Ao lado do Brasil outros 19 Estados reconhecem atualmente a competência jurisdicional da Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai.¹⁷

A divulgação do controle de convencionalidade como técnica jurídica se reputa ao jurista mexicano e ex-juiz da Corte IDH, Sérgio García Ramírez (mandatos entre 1998-2003 e 2004-2009), que em conferência acadêmica no ano de 2001 teria mencionado a necessidade de um controle doméstico de “internacionalidade”, anos depois transformado e nomeado como controle de convencionalidade.¹⁸ Institucionalmente, porém, a Corte IDH é o órgão judicial ao qual se credita formalmente a criação e desenvolvimento jurisprudencial do controle de convencionalidade. Como técnica jurídica de proteção de direitos humanos, trata-

¹² A Comissão IDH tem sua origem na 5ª Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores de 1959, em Santiago do Chile, onde aprovada resolução em que ao mesmo tempo que se criou a Comissão os Estados integrantes da reunião se comprometeram com um projeto de criação da futura Corte IDH. (SANTIAGO, Alfonso; LANGE, Gardner. Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 11-57, jul./set. 2019. p. 13).

¹³ HEYNS, Christof; PADILHA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 4, a. 3, p.161-169, 2006. p. 164.

¹⁴ Trinidad e Tobago denunciou a Convenção em 1998, seguido da Venezuela em 2012.

¹⁵ Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁶ (CADH) “Art. 62.1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.”

¹⁷ Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/atencion/faq.asp>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁸ CONTESSÉ, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1172.

se de uma criação eminentemente jurisprudencial com origem no SIDH¹⁹, sem previsão expressa em tratado internacional.²⁰

A expressão “controle de convencionalidade” apareceu a primeira vez na jurisprudência da Corte IDH no voto concorrente do então juiz Sérgio García Ramírez, no parágrafo 27 do Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003).²¹ Quem assim afirma é o próprio juiz,²² que repetiu a expressão no seu voto concorrente dos Casos Tibi vs. Equador (2004)²³ e Vargas Areco vs. Paraguai (2006)²⁴, mas sempre para mencionar a atuação da

¹⁹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa entende que o *conceito de convencionalidade* não é originário do SIDH, mas sim do Direito Comunitário europeu em busca de integração econômica, que posteriormente teria influenciado o SIDH. Para ele, seria na verdade “produto de uma larga maturação de ideias jurídicas e políticas em relação com o âmbito de ação do direito surgido nas relações internacionais, do direito consuetudinário, dos desenvolvimentos doutrinários e nas práticas nacionais (configuradoras de uma *opinio juris*) em torno do direito dos tratados como contextos de princípios e normas reais, vinculantes, dirigentes da atividade de sujeitos públicos e privados (...). Se trata, pois, de um princípio cuja elaboração debaixo de contextos de integração econômica e normativa permitiu a construção de um sistema jurídico harmônico com o comunitário europeu, de onde se tomo como fonte de elaboração como doutrina, e logo como regra, da convencionalidade em sede do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.” Segundo o mesmo autor, há uma relação de gênero e espécie entre o conceito de convencionalidade e o controle de convencionalidade. (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 34/265). Assim, como técnica jurídico-processual de preservação de direitos humanos, o Sistema Europeu de Direitos Humanos raramente usa a terminologia controle de convencionalidade. E a Corte Europeia de Direitos Humanos busca mais analisar se houve violação a direitos humanos por agentes públicos em casos concretos do que efetivamente controlar a convencionalidade de normas internas de Estados-membros. Mesmo que na prática faça o cotejo da adequação das condutas e normas internas com o tratado, evita expressar um controle de validade normativa mais geral sobre a produção legislativa interna. Por sua vez, no Sistema Africano de Direitos Humanos só em 2016, via Tribunal Africano de Direitos do Homem e dos Povos, julgou o Caso Ações pela Proteção dos Direitos do Homem vs. Costa do Marfim de modo a iniciar a discussão sobre a técnica. Embora não tenha utilizado a expressão controle de convencionalidade, condenou o país a alterar legislação interna incompatível com a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (SENTENÇA, Maria do Carmo Goulart Martins. **Defensoria Pública e controle de convencionalidade**: a instituição e o instrumento para a proteção e promoção dos direitos humanos. Lumen Juris, 2020. p. 35).

²⁰ Há quem relate a origem do controle de convencionalidade no século XX, com referência à expressão “controle de convencionalidade” primeiro em decisão do Conselho Constitucional francês na Decisão 74/1954-DC, de 15 de janeiro de 1975, e aplicação efetiva da técnica antes, em 1926, pela Corte Permanente de Justiça Internacional “Case Concerning Certain German Interests In Polish Upper Silesia” (GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018. p. 17).

²¹ “27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” (CORTE IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentença de 25 nov. 2003. Voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez)

²² RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Mexico-DF, n. 29, p. 163-218, jul./dez., 2013. p. 205-206.

²³ “3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su

Corte IDH perante normas nacionais contrárias à Convenção Americana.²⁵ As opiniões individuais, do que são exemplos os votos concorrentes, são autorizadas pela CADH quando as sentenças não expressarem no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes (art. 66.2).²⁶ Ao longo da história da Corte IDH apareceram em percentual significativo, mas como expressão pessoal de um grupo relativamente pequeno de juízes, entre eles o juiz Sérgio García Ramírez.²⁷ No que tange às menções isoladas ao “controle de convencionalidade” em seus votos, não chamaram atenção na ocasião da publicação das sentenças, possivelmente porque os votos separados em casos contenciosos são meras opiniões individuais e não representam oficialmente o entendimento majoritário da Corte IDH.²⁸

A primeira referência colegiada da Corte IDH ao controle de convencionalidade como obrigação de juízes nacionais frente normas nacionais contrárias à CADH foi no parágrafo 124²⁹ do Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006).³⁰ Foi a partir desse caso que

conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.” (CORTE IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentença de 04 set. 2004. Voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez).

²⁴ “6. La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende -jamás lo ha hecho-, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.” (CORTE IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguai. Sentença de 26 set. 2006. Voto concorrente do juiz Sérgio García Ramírez).

²⁵ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 71-72.

²⁶ (CADH) “Art. 66.2. Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual.”

²⁷ Ranieri Lima Resende analisa 338 julgamentos entre 1987 e 2017, para os quais havia 185 com opiniões individuais de juízes registradas (54,7%). A maior parte das opiniões individuais (51%), divergentes ou concorrentes, provinham de três juízes: Antonio Augusto Cançado Trindade (69 opiniões), Sergio García Ramírez (61 opiniões) e Eduardo Vio Grossi (29 opiniões). Embora reconheça que possam ser consideradas importantes fontes doutrinárias, Resende registra a baixa taxa de citação das opiniões individuais em decisões da Corte IDH entre 1986 e 2017 (apenas três no período). (RESENDE, Ranieri Lima. *Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter?* **Northwestern Journal of Human Rights**, Chicago, v. 17, n. 1, p. 25-50, 2019. p. 41-49).

²⁸ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 70.

²⁹ “124. 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

mais intensamente se desenvolveu a doutrina do controle de convencionalidade como uma técnica cabível à Corte IDH nos processos internacionais, mas também aos agentes públicos em sede nacional.³¹

Em pesquisa à base de artigos catalogados pelo Google Acadêmico³² constatou-se crescimento vertiginoso do interesse pelo tema a partir da primeira década dos anos 2000. A busca pela expressão “controle de convencionalidade” para o período entre 1979 (início do funcionamento da Corte IDH) e março de 2023 (data de conclusão desta etapa da pesquisa) demonstra a inexistência de monografias, dissertações, teses, obras ou artigos científicos jurídicos até o ano de 2002.³³ Em 2002 encontrou-se o registro de um livro e dois artigos que mencionam a expressão, mas referindo-se ao controle de convencionalidade no Direito Comunitário da União Europeia.³⁴

Na catalogação realizada, primeira menção ao tema do controle de convencionalidade à luz do SIDH, com tratamento expresso a partir da relação entre a ordem jurídica brasileira e a Comissão IDH e Corte IDH foi feita em 2003, no artigo de André de Carvalho Ramos, intitulado “Tratados Internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público”.³⁵ Entre os artigos encontrados na busca, aquele artigo é produção isolada, pois nota-se que o crescimento exponencial aconteceu somente a partir de 2008³⁶, momento em que a

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 Americana.” (CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentença de 26 de set. 2006)

³⁰ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 72.

³¹ BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 124.

³² Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/>>. Acesso 01 abr. 2023.

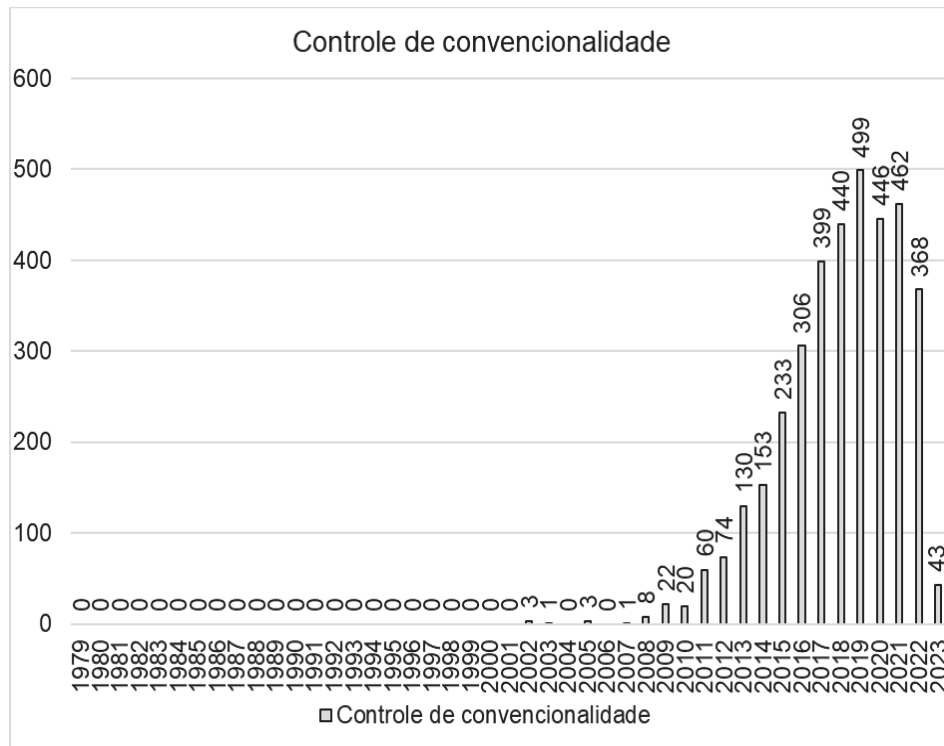
³³ A pesquisa pela expressão “controle de convencionalidade” no Google Acadêmico aponta 1 artigo em 1987, 1 artigo em 1992, 1 artigo em 2000, 1 artigo em obra coletiva em 2004, 1 artigo e 1 livro em 2006. No entanto, identificou-se que para todos esses registros se trata de catalogação equivocada, pois a checagem dos artigos demonstra que foram produzidos todos a partir de 2012.

³⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Editora del Rey, 2002. p. 187; TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade CPC, art. 741, par. ún. **Revista de processo**, v. 106, p. 38-83, abr. 2002; AMORIM, José Campos. A proteção europeia dos direitos do Homem. **Galileu: Revista de Economia e Direito**, v. 7, p. 139-167, 2002. p. 160.

³⁵ RAMOS, André de Carvalho. Tratados Internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. 2, n. 7, p. 81-100, abr./jun. 2003.

³⁶ Em 2006 a técnica foi estudada e anunciada por Flávia Piovesan, mas a obra não está catalogada no Google Acadêmico na busca pela expressão “controle de convencionalidade” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006). Em 2007 o único trabalho catalogado no mecanismo de busca é o de conclusão de curso sobre acesso do indivíduo à justiça internacional, e apenas menciona o controle de convencionalidade como técnica porque cita o trabalho de Piovesan. Cf. SANTANA, Débora Barreto. **O acesso do indivíduo às cortes internacionais de justiça**. 2007. 102 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2007.

Corte IDH já havia se manifestado colegiadamente sobre a técnica e em que a divulgação da técnica se expandiu o suficiente para possibilitar a elaboração de trabalhos científicos. O gráfico abaixo sintetiza para o período o número de trabalhos científicos encontrados, com registro de 499 achados no ano de 2019:



Fonte: Autor (2023).

A partir da seleção de bibliografia pertinente é possível apontar como caminhou a doutrina do controle de convencionalidade nos casos julgados pela Corte IDH naquele período, e como a doutrina especializada os interpretou a fim de compreender, fundamentar e operacionalizar a técnica em sede nacional, especialmente em relação às autoridades competentes para exercê-lo.³⁷

Miriam Henríquez Viñas realizou minucioso estudo das sentenças de mérito da Corte IDH publicadas entre setembro de 2006 e agosto 2017 e que trataram do controle de convencionalidade. Classificou 185 sentenças de casos contenciosos, dentre as quais 36 eram relevantes para o estudo acerca do que entendia a Corte IDH sobre os destinatários do referido controle obrigados a realizá-lo, a forma como deveriam realizá-lo, as normas parâmetro do

³⁷ No próximo subcapítulo serão diferenciadas as espécies de controle de convencionalidade, internacional e nacional.

controle e o que seria objeto do controle.³⁸ A pesquisa é a mais completa para o período³⁹, e tinha como objetivo decifrar e sistematizar os contornos do controle de convencionalidade segundo a Corte responsável pela modelagem jurídica da técnica.⁴⁰

O universo de 36 sentenças pesquisadas revelou que a Corte IDH concentrou o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade entre 2010 e 2012, e que desde a primeira menção colegiada do tema em 2006 o tribunal foi paulatinamente

³⁸ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019.

³⁹ Há outras pesquisas semelhantes, como a de Simini e Sala, que traçaram o percurso da teoria do controle de convencionalidade na Corte IDH após o Caso Almonacid Arrelano vs. Chile em 2006 até 2014. Os autores identificam o desenvolvimento da técnica nos seguintes julgados: **(i)** Caso Trabajadores Demitidos do Congresso vs. Peru (2006), que prevê a competência a ser exercida de ofício por todos os juízes nacionais; **(ii)** Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008), que expande para todos os órgãos de justiça o dever de controlar; **(iii)** Caso Radilla Pacheco vs. México (2009); **(iv)** Caso Rosendo Cantú e outros vs. México (2010) e Caso Fernández Ortega e outros vs. México (2010), com menção de alargamento dos responsáveis pelo controle (§ 236); **(v)** Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010); **(vi)** Caso Gomes Lund vs. Brasil (2010); **(vii)** Caso Gelman vs. Uruguai (2011), em que se estende expressamente a todas as autoridades públicas o dever de controle de convencionalidade; **(viii)** Casos Masacres de El Mozote e Lugares Aldeaños vs. El Salvador (2012), Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014), Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (2012), Rochac Hernández e outros vs. El Salvador (2014) em que se confirmou a atribuição ampla de controle de convencionalidade a todos os órgãos e Poderes de Estado. (SIMINI, Danilo Garnica; SALA, José Blanes. O controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 363-382, 2021. p. 372-373).

⁴⁰ As 36 sentenças e parágrafos analisados por Viñas foram: Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006), § 124; Caso Trabajadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru (2006), § 128; Caso La Cantuta vs. Peru (2006), § 173; Caso Boyce e outros vs. Barbados (2007), § 78; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008), § 179-180; Caso Radilla Pacheco vs. México (2009), § 339; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010), § 311; Caso Fernández Ortega e outros vs. México (2010), § 236; Caso Rosendo Cantú e outros vs. México (2010), § 219; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia (2010), § 199/202; Caso Vélez Loo vs. Panamá (2010), § 287; Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (2010), § 176; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), § 225-232; Gelman vs. Uruguai (2011), § 193/239; Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011), § 164/171; Caso López Mendoza vs. Venezuela (2011), § 226-228; Caso Fontevecchia e D’Amico vs. Argentina (2011), § 93; Caso Atala Rizzo e crianças vs. Chile (2012), § 282-284; Caso Furlan e familiares vs. Argentina (2012), § 303-304; Caso Massacre do Rio Negro vs. Guatemala (2012), § 142-262; Caso Massacre de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador (2012), § 318; Caso Gudiel Álvarez e outros (“Diário Militar”) vs. Guatemala (2012), § 330; Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia (2012), § 142; Caso Mendoza e outros vs. Argentina (2013), § 221; Caso “J.” vs. Perú (2013), § 407; Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014), § 151; Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile (2014), § 464; Caso Pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana (2014), § 311/471; Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador (2014), § 285; Caso López Lone e outros vs. Honduras (2015), § 307; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras (2015), § 211/255/346; Caso García Ibarra e outros vs. Equador (2015), § 103; Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala (2016), § 242; Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (2016), § 408; Caso Membros da Aldeia de Chichupac e Comunidades Vizinhas do Município de Rabinal vs. Guatemala (2016), § 289, e Caso Andrade Salmón vs. Bolívia (2016), § 93. (VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 332-335).

expandindo a percepção acerca das autoridades nacionais obrigadas a realizá-lo, expandido as normas parâmetro de controle, e expandindo os objetos de controle.⁴¹

A Corte iniciou a atribuição do controle de convencionalidade aos juízes no Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* em 2006. Mas já em 2007 no Caso *Boyce e outros vs. Barbados* atribuiu competência a “outros órgãos jurisdicionais” para realizar o controle, o que foi repetido nos Casos *Vélez Loor vs. Panamá* (2010), *Cabrera García e Montiel Flores vs. México* (2010) e *Massacre do Rio Negro vs. Guatemala* (2012). A expansão teve o condão de atribuir competência controladora a órgãos como o Ministério Público, mas também a Tribunais Constitucionais não necessariamente integrantes do sistema judiciário.⁴² Segundo Raquel Cynthia Alianak, teria sido no Caso *Fernández Ortega* (2010) a primeira vez que a Corte IDH sustentou o controle de convencionalidade por todos os órgãos de Estado, e não só os responsáveis pela “administração da justiça”.⁴³ No parágrafo 236 daquela sentença a Corte IDH realmente sustentou o dever de todos os órgãos de Estado, *incluidos os juízes (a contrario sensu* não somente eles), de velar pelo efeito útil das normas convencionais. Mas ainda assim reservava a prerrogativa de aplicar a técnica do controle de convencionalidade apenas aos juízes.⁴⁴

Foi somente em 2011 que a Corte IDH expressamente ditou no Caso *Gelman vs. Uruguai*, no parágrafo 239⁴⁵, a competência de “qualquer autoridade pública” para realizar o

⁴¹ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 335/354.

⁴² São exemplos de órgãos não integrados ao Poder Judiciário de países que integram o SIDH e que devem realizar controle de convencionalidade: “Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, o Tribunal Constitucional da Bolívia, a Suprema Corte de Justiça da República Dominicana, o Tribunal Constitucional do Peru, a Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina e a Corte Constitucional da Colômbia.” (VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 122).

⁴³ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 32.

⁴⁴ “236. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, 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. El Poder Judicial debe ejercer un ‘control 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. 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 Americana.” (CORTE IDH. Caso *Fernández Ortega e outros vs. México*. Sentença de 30 ago. 2010. § 236).

⁴⁵ “239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero

controle de convencionalidade, com fundamento no dever de todo Poder de Estado fazer cumprir as normas convencionais de direitos humanos, conforme art. 1 e 2⁴⁶ da CADH.⁴⁷ A CADH impõe no art. 1.1 obrigações de respeito aos direitos humanos, que obrigam ao Estado não violar direitos lá previstos, mas também impõe obrigações de garantia. Essas determinam o dever estatal de organizar sua estrutura e atuar para assegurar o livre e efetivo exercício dos direitos humanos. Assim está decidido desde o primeiro caso julgado pela Corte IDH, o Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988)⁴⁸, no parágrafo 166.⁴⁹ O art. 2 da Convenção impõe uma garantia extra, que obriga o Estado adotar *medidas de qualquer natureza*, negativas ou positivas, para efetivar os direitos humanos. O que implica em suprimir ou

régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también **debe primar un ‘control de convencionalidad’ (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial**. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’ . Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.” (CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentença de 24 fev. 2011. § 239. Grifos ausentes no original).

⁴⁶ (CADH) “Art. 1. Obrigação de Respeitar os Direitos. 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Art. 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

⁴⁷ Os casos pesquisados pela mesma autora são: Caso Gelman vs. Uruguay (2011), § 239; Caso Masacre de El Mozote e Lugares Aledaños vs. El Salvador (2012), § 318; Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana (2014), § 311; Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador (2014), § 213; Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014), § 151; Caso García Ibarra e outros vs. Equador, (2015), § 306; Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (2016), § 408; Caso Andrade Salmón vs. Bolívia (2016), § 93 (VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 339-340).

⁴⁸ ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión, Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales e Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017. p. 457-502. p. 460-p. 461.

⁴⁹ “166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.” (CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentença de 29 jul. 1988. § 166).

realizar determinadas condutas,⁵⁰ inclusive mediante a criação e utilização de técnicas novas de efetivação dos direitos humanos convencionais. A decisão no Caso Gelman de expandir os sujeitos competentes para praticar o controle de convencionalidade se justifica no objetivo protetivo dos direitos humanos convencionais, que funcionam como “limite às maiorias no marco de desenvolvimento da vida democrática.”⁵¹

A partir de 2011 no Caso Gelman vs. Uruguai e até 2016 no Caso Andrade Salmón vs. Bolívia, Miriam Henríquez Viñas lista mais oito casos em que a Corte IDH expandiu a competência para exercício do controle de convencionalidade para outros órgãos de outros Poderes de Estado *além* do Judiciário.⁵² Esse conjunto de casos permite concluir que a posição clara da Corte IDH é de que cabe a toda autoridade pública de Estado realizar controle de convencionalidade.⁵³ A expansão das autoridades a quem a Corte atribui competência para controle de ofício da convencionalidade de normas - dentro do âmbito de competência da respectiva autoridade, como se verá - não ofusca o protagonismo dos órgãos da administração judiciária e do próprio Judiciário, mais frequentemente citados nos julgados da Corte.⁵⁴ Karlos Artemio Castilla Juárez constatou em pesquisa que de 31 sentenças e opinião consultiva da Corte IDH analisadas por ele entre 2006 e 2016 o destinatário do controle difuso de convencionalidade eram juízes ou tribunais (81,5%), e só em 9 a Corte IDH o direciona às competências de qualquer Poder ou autoridade (23,6%).⁵⁵ Entre 2016 e 2022 os casos que mencionam expressamente o controle de convencionalidade são apenas 5, sendo

⁵⁰ ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: textos básicos para su comprensión, Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales e Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017. p. 457-502. p. 461-462.

⁵¹ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 214.

⁵² VIÑAS, Miriam Henríquez. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. **Revista Derecho del Estado**, n. 43, p. 131-157, maio/ago. 2019. p. 143.

⁵³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 471.

⁵⁴ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 340-342.

⁵⁵ Os casos analisados pelo autor em que a Corte IDH identificou como competência de outras autoridades que não os juízes a realizar o controle de convencionalidade são: Caso Vélez Loor vs. Panamá (2010); Caso Gelman vs. Uruguai (2011) e supervisão de cumprimento de sentença (2013); Caso Massacre de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador (2012); Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia (2012); Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014); Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana (2014); Opinião Consultiva n. 21/2014; Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador (2014); e Caso García Ibarra e outros vs. Equador (2015). (CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 92-96).

4 deles supervisões de cumprimento de sentença de casos cujo mérito já havia sido julgado nos anos anteriores.⁵⁶ Em nenhum deles a Corte IDH menciona que o controle cabe a “qualquer autoridade”, e em 2 deles menciona apenas as Cortes Supremas dos países condenados como órgãos responsáveis pelo controle de convencionalidade.⁵⁷ Como os juízes também estão incluídos em “qualquer outro Poder ou autoridade”, não há como negar que segundo a Corte IDH eles são os principais destinatários da técnica.⁵⁸

A partir da pesquisa às 36 sentenças já referidas, Viñas classificou em 3 (três) fases a jurisprudência da Corte. Dispôs entre os critérios classificatórios o destinatário nacional com competência para realizar o controle de convencionalidade. São três etapas referidas: **(i) Primeira etapa, de 2006 a 2009:** seis sentenças analisadas, sem definição da natureza do controle. O entendimento prevalente é de que se trata de um controle normativo de normas internas em relação à CADH conforme interpretada pela Corte IDH. Em certos casos houve assimilação ao controle de constitucionalidade, e chegou-se mesmo a dizer que normas contrárias a CADH seriam inválidas desde seu nascedouro. Na primeira etapa os principais destinatários destacados do controle são os membros do Poder Judiciário. Seria objeto de controle a normativa interna nacional para essa fase, o que compreenderia Constituição, leis, regulamentos e outras normas de distinta natureza e integrantes dos sistemas internos. **(ii) Segunda etapa, de 2010 a 2012:** dezessete sentenças analisadas. É a fase do auge e ampliação do controle de convencionalidade.⁵⁹ Os órgãos de administração de justiça seriam também competentes para realizar controle, como Ministério Público, Cortes Superiores e Conselhos da Magistratura. Não há uma lista definitiva proposta pela Corte IDH acerca de quais seriam esses órgãos.⁶⁰ Nessa segunda fase, Viñas entende que o destinatário também

⁵⁶ CORTE IDH. Caso Pollo Rivera e outros vs. Peru. Sentença de 21 out. 2016; CORTE IDH. Caso Fontevecchia e D’Amico vs. Argentina. Supervisão de cumprimento de sentença de 18 out. 2017; CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Supervisão de cumprimento de sentença de 19 nov. 2020; CORTE IDH. Caso Trabajadores Demitidos do Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru. Supervisão de cumprimento de sentença de 01 set. 2021; Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia Supervisão de cumprimento de sentença de 09 set. 2022. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/jurisprudencia-search.cfm?lang=pt>>. Acesso em 14 nov. 2023.

⁵⁷ CORTE IDH. Caso Fontevecchia e D’Amico vs. Argentina. Supervisão de cumprimento de sentença de 18 out. 2017, § 25; CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Supervisão de cumprimento de sentença de 19 nov. 2020, § 32.

⁵⁸ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 97.

⁵⁹ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. *Revista Chilena de Derecho*, v. 45, n. 2, p. 337-361, 2018. p. 339-345.

⁶⁰ Casos Massacre de Rio Negro vs. Guatemala (2012) e Gudiei Álvarez vs. Guatemala (2012), Mendoz vs. Argentina (2013) e Membros da Aldeia Chichupac vs. Guatemala (2016) voltam a mencionar o Ministério Público. (VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. *Revista Chilena de Derecho*, v. 45, n. 2, p. 337-361, 2018. p. 346)

passa a ser “toda autoridade pública”, o que acontece a partir do Caso Gelman vs. Uruguai. O parâmetro de controle para todo tratado em que há definida competência da Corte IDH foi definido no Caso Ibsen Cárdenas vs. Bolívia (2010). Em dezessete sentenças o objeto do controle foi referido como as normas internas dos Estados. Portanto, na segunda fase, auge da doutrina, o controle de convencionalidade transformou-se “no exame formulado por todo poder ou órgão interno, a respeito de todo ato interno, com a relação a toda norma interamericana.”⁶¹ (iii) **Terceira etapa, de 2013 a 2017:** Viñas a partir de 2013 constatou estabilidade e progressivo desuso da doutrina nos julgados da Corte IDH: apenas cinco sentenças de mérito mencionaram o conceito. Nesse período se consolidou a técnica como um controle normativo, o que se evidencia no Caso Atala Riffo vs. Chile (2012), parágrafo 284⁶², depois repetido em casos como Andrade Salmón vs. Bolívia (2016). A Corte manteve menções à competência de todo órgão de Estado para o controle de convencionalidade.⁶³ No Caso Liakat Ali Alibux a Corte em várias passagens sustenta o dever de controlar a convencionalidade por “todas as autoridades nacionais conforme suas respectivas competências e regulações processuais correspondentes”⁶⁴, expressão controversa que merecerá abaixo a devida interpretação.

A Corte IDH, portanto, ampliou os agentes públicos responsáveis pelo controle de convencionalidade ao longo do tempo, consequência essa da interpretação *pro persona* que emprega e da percepção de que não pode haver obstáculos à aplicação mais efetiva possível dos tratados de direitos humanos pelos Estados no plano jurídico interno. Assim é que expandiu a competência controladora paulatinamente dos juízes, aos órgãos do Poder Judiciário, aos órgãos da administração da justiça, para finalmente estendê-la a toda autoridade pública.⁶⁵ Ao juiz e a todos os agentes públicos compete controlar de forma direta a convencionalidade de normas e práticas internas, preliminarmente à análise do mérito da

⁶¹ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 2, p. 337-361, 2018. p. 346-348.

⁶² “284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana (supra apartado C.2).” (CORTE IDH. Caso Atala Riffo vs. Chile. Sentença de 24 fev. 2012. § 184).

⁶³ Cf. Casos Pessoas Hatanas e Dominicanas vs. República Dominicana (2014), García Ibarra vs. Equador (2015), Rochac Hernández vs. Salvador (2014), Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (2016) e Andrade Salmón vs. Bolívia (2016). (VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 2, p. 337-361, 2018. p. 349-350)

⁶⁴ CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentença de 30 jan. 2014. § 86.

⁶⁵ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 75.

causa. As partes podem provocar o controle em preliminar processual, ou o agente público de ofício deve tomá-la em consideração, mesmo sem provocação.⁶⁶

Nota-se a partir das pesquisas citadas e da pesquisa empreendida nesta tese entre 2016 e 2022 nos julgados da Corte IDH que o controle de convencionalidade, segundo a jurisprudência da Corte IDH, é a técnica criada jurisprudencialmente que obriga tribunais e todos os órgãos públicos, de todos os Poderes e funções de Estado, na esfera de suas competências, a “realizar uma verificação de não contradição, adequação ou consistência entre as normas internas, por um lado, com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por outro lado.”⁶⁷ O controle de convencionalidade consiste em “um claro e indispensável instrumento tendente a dar eficácia ao regime substancial da convencionalidade, cumprir de maneira integral com o acordado, imprimindo completa e material satisfação, absolutamente a todos os postulados, princípios, estândares, precedentes e normatividade que a convencionalidade compreende.”⁶⁸ Foi a resolução da Corte IDH na fase de cumprimento de sentença do Caso Gelman que indicou que o instituto “se trata de um controle concernente à compatibilidade e à validade de normas”.⁶⁹

Mas a jurisprudência da Corte IDH não é construída em uma linha reta coerente e livre de defeitos. Como um tribunal, emite decisões sem o mesmo rigor e didática acadêmicos. Em vários assuntos os posicionamentos da Corte são repletos de idas e vindas, avanços e retornos. Nem sempre há uniformidade.⁷⁰ Por isso, embora na maioria dos julgados se observe a técnica como um controle normativo, também é possível identificar o controle de convencionalidade dirigido a outras manifestações estatais.⁷¹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juiz da Corte IDH (2013-2018 e 2019-2024) abarca em sua análise do que pode ser objeto de controle de convencionalidade qualquer ato estatal – e não só atos/normas jurídicas. O que

⁶⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 36/174-175.

⁶⁷ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 354-355.

⁶⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 447.

⁶⁹ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 352.

⁷⁰ SAGÜES, Néstor Pedro. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. **Pensamiento Constitucional**, Lima, n. 20, p. 257-283, 2015. p. 280.

⁷¹ GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 22.

significa que qualquer manifestação estatal está sujeita à eficácia condenatória da sentença internacional.⁷²

Do exposto até aqui, o fundamental é compreender que o conceito de controle de convencionalidade é polissêmico, inacabado e em constante construção.⁷³ Como demonstram as etapas da jurisprudência da Corte IDH, não há unicidade na definição dos contornos do controle de convencionalidade. Mesmo na literatura especializada identificam-se múltiplas definições do controle de convencionalidade. A técnica é referida simultaneamente como instituto⁷⁴, ferramenta⁷⁵, exame de compatibilidade⁷⁶, exercício de compatibilidade⁷⁷, teste⁷⁸, dispositivo de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁷⁹, instituição de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁸⁰, revisão⁸¹, “dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais”⁸², instrumento⁸³, mecanismo⁸⁴, mecanismo

⁷² “O controle de convencionalidade constitui a razão de ser da Corte Interamericana: realizar um controle de compatibilidade entre o ato de violação (em sentido lato) e o Pacto de São José (e seus protocolos adicionais). Em caso de violação (seja por ação ou omissão), a responsabilidade internacional recai sobre o Estado e não sobre algum de seus órgãos ou poderes.” (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 560).

⁷³ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 116.

⁷⁴ ALMEIDA, Marcelo Pereira de; BYRRO, Carolina de Carvalho. A ação popular no controle da administração pública sob o parâmetro da convencionalidade. **Conhecimento & Diversidade**, Niterói, v. 11, n. 23, p. 28-44, jan./abr. 2019. p. 32.

⁷⁵ O controle de convencionalidade é uma “ferramenta que permite aos juízes contrastar as normas internas com as normas do sistema convencional internacional (tratados internacionais, mas também o direito derivado dos mesmos). Isso significa que os juízes nacionais devem desenvolver – de ofício – uma série de raciocínios que permitam a aplicação mais ampla possível e o maior respeito às obrigações estabelecidas pelos tratados internacionais.” (CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo**. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 71).

⁷⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. **Urbe et Ius - Revista de Opinión Jurídica**, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013. p. 35-36.

⁷⁷ FRANCO, Fernanda Cristina; PETERKE, Sven. Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 75.

⁷⁸ GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 20.

⁷⁹ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad**. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 24-25.

⁸⁰ CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentença de 30 jan. 2014. § 85.

⁸¹ LEAL, Mônia Clarissa Henning; HOFFMANN, Grégora Beatriz. O constitucionalismo transformador e o ‘diálogo inevitável’: a influência do *ius constitutionale commune* na consolidação do Estado de Direito na América Latina. **Revista Argumentum**, Marília, v. 22, n. 2, p. 507-528, maio-ago. 2021. p. 512.

⁸² GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 46, p. 1-21, 2017. p. 6.

⁸³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos**. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 447; LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Controle de**

processual de confrontação de normas⁸⁵, “sindicância de compatibilidade entre o direito estatal e o internacional dos direitos humanos”⁸⁶, “comunicação interjurisdicional”, “comparação”, “exame”, “obrigação dos órgãos de Estado”⁸⁷, padrão, filtro de validade, parâmetro de criação e interpretação de normas⁸⁸ e método⁸⁹. Falta, portanto, rigor na definição do controle de convencionalidade.

Adota-se nesta tese o conceito de controle referido por Eduardo Jordão, segundo quem “‘Controle’ é a atividade de verificação de *conformidade* de algo (a coisa controlada) a um parâmetro específico.”⁹⁰ A partir disso, a tese se posiciona ao lado daqueles que definem o controle de convencionalidade como uma *técnica* jurídica de compatibilização de normas e práticas estatais a fim de adequar a atuação estatal às prescrições normativas contidas em tratados de direitos humanos.⁹¹

Além do controle de convencionalidade que a Corte IDH realiza internacionalmente para adequar as normas e práticas estatais aos tratados de direitos humanos, extrai-se da CADH a técnica do controle de convencionalidade nacional, atinente às competências de controle dos agentes públicos estatais conforme definiu a Corte IDH. A técnica jurídica deriva da obrigação convencional de respeitar os direitos humanos (art. 1 da CADH), do dever de

convencionalidade: a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos. João Pessoa: Ideia, 2016. p. 32.

⁸⁴ LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de convencionalidade e transnacionalidade. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 233.

⁸⁵ GUERRA, Sidney. Gomes Lund x República Federativa do Brasil: o caso junto à Corte Interamericana. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 313.

⁸⁶ GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. P. 67-76. In: GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (Org.). **Los desafíos jurídicos a la gobernanza global: una perspectiva para los próximos siglos**. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017. p. 75.

⁸⁷ LATORRE, Álvaro Mesa. El control de convencionalidad: un acto racional o irracional? **Estudios Constitucionales**, a. 16, n. 1, p. 129-166, 2018. p. 145-146.

⁸⁸ DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019. p. 28.

⁸⁹ MARQUES, Miguel Ângelo. Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, *Ahead of print*, p. 1-21, 2021. p. 2.

⁹⁰ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 37.

⁹¹ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017. p. 117; SILVA, Silvio Antonio Grijalva. Acesso jurisdiccional a la justicia constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 352; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdiccional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 28; CAMBI, Eduardo; Porto Leticia de Andrade; HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, Brasília, v. 7, p. 109-122, 2019. p. 113.

adotar disposições de direito interno de garantia dos direitos humanos (art. 2 da CADH), do dever de interpretar as normas jurídicas de maneira mais favorável aos seres humanos objeto de proteção (art. 29 da CADH)⁹², da obrigação de respeitar tratados internacionais firmados voluntariamente pelo Estado (art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 - CVDT), e da proibição de invocar normas de Direito interno para se escusar da aplicação de normas de direitos humanos (art. 27 da CVDT).⁹³ A CVDT teve o seu instrumento de ratificação depositado pelo Estado brasileiro junto às Nações Unidas em 25 de setembro de 2009 e seu texto foi publicado em diário oficial no Decreto n. 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

O raciocínio justificador da técnica é o seguinte: o Estado se obrigou a cumprir de boa-fé os tratados de direitos humanos; o Estado não pode ser seccionado, seus agentes também o constituem e seus atos são compreendidos como se atos estatais fossem; logo, a obrigação de dar atendimento pleno aos direitos e deveres convencionais, independentemente do que a ordem interna prevê, acarreta o dever de realizar controle de convencionalidade para efetivar, na prática, os direitos humanos e evitar a responsabilidade internacional do próprio Estado.⁹⁴ Em grande síntese, o principal fundamento do jurídico do controle de convencionalidade, concentrado na Corte IDH e difuso entre os agentes públicos nacionais, é o princípio do *pacto sunt servanda*.⁹⁵ Pois “quando um Estado ratifica um tratado, todos os

⁹² (CADH) “Art. 29. Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

⁹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 263/360/446-447; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 532-533; BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 231.

⁹⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 589-591.

⁹⁵ “O conceito de *pacta sunt servanda*, do ponto de vista do ordenamento jurídico convencional, configura um claro princípio de estabilidade e segurança entre os Estados, segundo o qual, o acordado nos tratados, convênios, protocolos e acordos internacionais devem ser honrados pelos Estados-parte e os obriga nos termos do acordado.” (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 354).

órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé.”⁹⁶ Assim, o controle de convencionalidade é corolário da regra consuetudinária de Direito Internacional de que disposições de direito interno não podem ser óbices às obrigações internacionais assumidas de boa-fé pelo Estado signatário de um tratado de direitos humanos.⁹⁷ A técnica é própria de um novo paradigma jurídico, centralizado nos direitos humanos.⁹⁸

Os arts. 1, 2 e 29 da CADH, e arts. 26, 27 e 31 da CVDT determinam aos Estados garantir do modo mais efetivo possível os direitos humanos convencionais, o que significa tomar todas as medidas de efetivação dos direitos humanos ao alcance dos Estados. Como decorrência lógica, isso implica retirar os obstáculos à efetivação daqueles mesmos direitos. Há, nesse sentido, um dever estatal de adequação normativa aos tratados de direitos humanos.⁹⁹ Para Valerio de Oliveira Mazzuoli, o respeito ao acordado em tratados “configura a base necessária para a pacificação mundial e para a consequente organização política internacional do planeta.”¹⁰⁰

O art. 2 da CADH prevê a obrigação de garantir via legislativa os direitos da Convenção. Mas se não houver lei, *qualquer outra medida* é impositiva para dar efetividade aos direitos convencionais.¹⁰¹ O que implica o dever dos Estados se adaptarem e organizarem para dar cumprimento real aos compromissos convencionais assumidos. O art. 2 com a regra de imposição de qualquer medida necessária à efetivação dos direitos convencionais é o fundamento normativo invocado nos julgados que formam a jurisprudência da Corte IDH para a técnica de controle de convencionalidade difuso, interno ou *nacional*.¹⁰²

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 136.

⁹⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: Fundap, 2012. p. 355.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012. p. 72.

⁹⁹ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 231.

¹⁰⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 60.

¹⁰¹ SWIECH, Gregório Furtado. Comentário ao art. 2. In: GUERRA, Sidney *et al.* (Org.). **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**: Pacto de São José da Costa Rica. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 59-60.

¹⁰² ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos

Além do dever de boa-fé do Estado de cumprir o tratado e promover quaisquer medidas necessárias à efetivação dos direitos humanos, o Brasil se obriga à realização de controle de convencionalidade por força também do art. 1º, III, art. 4º, II e IX e parágrafo único, art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal (CF) e art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).¹⁰³ O art. 1º, III consagra a dignidade da pessoa humana, fundamento da existência do Estado brasileiro e sua razão de ser.¹⁰⁴ O art. 4º, II e IX trata dos princípios que regem as relações internacionais do Estado, e obrigam a prevalência dos direitos humanos e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.¹⁰⁵ O art. 5º, § 1º determina a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, o que na interpretação *pro persona* justifica a mesma solução para normas de direitos humanos, as quais independem de regulação legislativa ou de medidas qualquer natureza para reconhecimento de sua eficácia.¹⁰⁶ A cláusula de abertura dos direitos fundamentais do art. 5º, § 2º determina a aceitação de que integram a ordem jurídica, segundo o regime jurídico dos direitos fundamentais, também os tratados de direitos humanos incorporados pelo país.

A norma interpretada sistematicamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, com a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e dever de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade gera a obrigação de interpretar as normas convencionais do modo que melhor proteja os seres humanos e lhes garanta o gozo dos direitos essenciais a uma vida digna.¹⁰⁷

Por fim, no art. 7º do ADCT o Brasil se comprometeu com a constituição de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos,¹⁰⁸ correspondente no atual momento e no âmbito

Humanos y los jueces nacionales. México: Fundap, 2012. p. 345; BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad**. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 53/337-338.

¹⁰³ LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Controle de convencionalidade: a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos**. João Pessoa: Ideia, 2016. p. 41-42.

¹⁰⁴ (Constituição Federal) “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

¹⁰⁵ (Constituição Federal) “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.”

¹⁰⁶ (Constituição Federal) “Art. 5º (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

¹⁰⁷ (Constituição Federal) “Art. 5º (...) § 2º 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.”

¹⁰⁸ (Constituição Federal) “Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”

regional com a Corte IDH, cuja competência para interpretar e aplicar a CADH foi declarada expressamente pelo Estado brasileiro via Decreto n. 4.463/98.¹⁰⁹

Na linha do que sustenta Siddharta Legale sobre a redação que prevaleceu no art. 7º do ADCT, “a oposição pelo nome se deu porque, de um lado, esperava-se que a ONU criasse um Tribunal Mundial de Direitos Humanos e, de outro, apesar do relativo desconhecimento pelos constituintes da Corte IDH, que fosse criado ou se aderisse a um ‘Tribunal Regional de Direitos Humanos.’ É compreensível, já que a Corte IDH se encontrava em seu nascedouro e, ainda, sem decisões proferidas durante boa parte da constituinte da Constituição de 1988.”¹¹⁰ A despeito da redação, não faria sentido o constituinte se comprometer em tamanha medida com os direitos humanos e com a constituição de um tribunal competente para interpretá-los e garanti-los se pudesse ignorar as construções jurisprudenciais internacionais voltadas a maior garantia e efetivação daqueles direitos. Por isso, o controle de convencionalidade é técnica que se justifica juridicamente também na Constituição Federal, embora não previsto em regra expressa e literal.

Desse ponto de vista, María Carmelina Londoño Lázaro apresenta como fundamento do controle de convencionalidade o princípio da juridicidade. O argumento é convincente na medida em que foge das estruturas argumentativas mais comuns que buscam justificar a técnica em alguma norma jurídico-positiva específica. Lázaro reconhece no princípio da juridicidade a técnica de controle de convencionalidade porque é no ordenamento jurídico lido sistemicamente que se encontram normas à disposição dos intérpretes e aplicadores não apenas para serem admiradas, mas para serem cumpridas. É Direito o que está previsto normativamente no plano nacional e internacional, radicalmente quando se trata de normas de garantia e proteção de seres humanos. O controle de convencionalidade derivaria estruturalmente do princípio da juridicidade porque é a fórmula de adequação dos órgãos de Estado ao Direito Internacional vigente, sobretudo aquela identificada na CADH. Negar o controle de convencionalidade seria negar o cumprimento de norma jurídica.¹¹¹

¹⁰⁹ (Decreto n. 4.463/2022). “Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.”

¹¹⁰ LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 493.

¹¹¹ LÁZARO, María Carmelina Londoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, a. 43, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. p. 761-764/797.

O controle de convencionalidade é técnica que postula como paradigma do exame de adequação os tratados internacionais de direitos humanos, que não se confundem com tratados internacionais comuns. Esses centram-se nos interesses dos Estados contratantes e nas obrigações que constituem reciprocamente. Por isso, os tratados comuns têm hierarquia infraconstitucional, valendo, em regra, com hierarquia legal e resolvendo-se os conflitos com as normas de mesmo *status* pelo critério cronológico da norma mais recente¹¹² ou pelo critério da especialidade.¹¹³ Por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos são firmados em favor dos seres humanos sob jurisdição dos Estados voluntariamente signatários.¹¹⁴ Tratados de direitos humanos têm como destinatários os seres humanos¹¹⁵ merecedores todos de uma vida plenamente digna.¹¹⁶ Por isso sua hierarquia privilegiada.

¹¹² As exceções para os tratados comuns, segundo Luís Roberto Barroso, estão nos seguintes casos: (i) nos tratados que envolvem matéria tributária (para os quais o art. 98 do CTN dá primazia à norma internacional); (ii) nos tratados de extradição (valendo norma específica de eventual tratado em prejuízo das normas gerais da Lei n. 6.815/80, hoje revogada pela Lei n. 13.445/2017); (iii) nos tratados de ordenação de transporte internacional (que por força do art. 178 incluído pela EC n. 07 na CF têm preferência sobre a lei interna); e (iv) nos tratados que regulam reconhecimento e execução de sentença arbitral (os quais por força do art. 34 da Lei n. 9.307/96 têm prioridade sobre as normas gerais da Lei de Arbitragem). (BARROSO, Luís Roberto. *Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre Direito Internacional e Direito interno*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 153-155).

¹¹³ Como sugere a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao julgar questões afetas a dano moral envolvendo transporte aéreo internacional. Uma vez que a Convenção de Varsóvia não regula especificamente indenizações por dano moral, entende-se pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor em demandas dessa natureza. O tema está sujeito à confirmação no Recurso Extraordinário n. 1.394.401-SP, Tema 1240 de repercussão geral. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n. 1.394.401-SP. Repercussão Geral. Rel. Min. Rosa Weber. Publicado 03 mar. 2023).

¹¹⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 332.

¹¹⁵ ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**, Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales e Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017. p. 457-502. p. 460.

¹¹⁶ Os direitos humanos se caracterizam como direitos que “buscam concretizar elementos para uma vida digna.” Por sua vez, “vida digna é formada por todo um conjunto de direitos que se comunicam e se entrelaçam entre si.” (SANTANO, Ana Cláudia. *Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Derechos Humanos*. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 77, jul./set. 2019. p. 281-282). Apesar dessa definição, o atributo que conferiria a um tratado a classificação como de “direitos humanos” é controverso. A conexão direta com o que é essencial a uma vida digna é o que melhor se ajusta a finalidade daqueles instrumentos e que, entende-se, melhor enquadrá-los na definição. Nesse sentido, cf. SALOMONI, Jorge Luis. **Teoría general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2004. p. 454; RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 50. Outros sustentam uma definição mais alargada, com boas justificativas para contemplar na categoria também os instrumentos internacionais indiretamente ligados à dignidade da pessoa humana: “Se o homem é titular de direitos (e claro, as ficções por si criadas, mas sempre em favor e para ele), todos esses repercutem, em certa medida, em seu patrimônio, sendo merecedores de proteção. (...) Há uma superposição de interesses de difícil apreensão para fins de definição da natureza do tratado, porque enleados os interesses econômicos da produção da riqueza com a própria sobrevivência, por exemplo, de uma dada etnia inserida num sistema capitalista. Noutro exemplo, num cenário de ‘pluralidades de soberanias tributárias’, uma convenção sobre

No Brasil, segundo a jurisprudência corrente do Supremo Tribunal Federal (STF)¹¹⁷, os tratados internacionais comuns têm hierarquia de lei; os tratados de direitos humanos internalizados conforme procedimento do art. 5º, § 3º da CF incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004 têm hierarquia constitucional¹¹⁸; e os demais tratados de direitos humanos, hierarquia supralegal.¹¹⁹ Desse modo, a CADH e seus protocolos adicionais teriam hierarquia supralegal, acima das leis e atos administrativos, mas abaixo da Constituição. Já em outra sede defendeu-se que não é essa a melhor interpretação sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais. De modo a concretizar a maior efetividade possível das normas internacionais de direitos humanos, defende-se nesta tese a hierarquia supraconstitucional *relativa* das normas convencionais. A posição é distinta daqueles que recusam, sobre outras bases, qualquer critério hierárquico para operacionalização de normas de direitos humanos.¹²⁰

bitributação – um fenômeno que toca, inexoravelmente, o direito fundamental do contribuinte de ser levada em conta a sua capacidade contributiva nos casos de um fato gerar obrigações tributárias para Estados distintos, poderia ser considerada como um tratado de direitos humanos.” (FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 112). O adequado, assim se compreende, é dar privilégio aos Poderes estatais e aos titulares dos direitos definirem argumenta e processualmente o que é e o que não é um tratado de direitos humanos, o que se justifica pela nota de historicidade daqueles direitos, não sujeitos a qualquer rigidez.

¹¹⁷ No Recurso Extraordinário n. 466.343-SP prevaleceu a tese de supralegalidade dos tratados de direitos humanos. Na ocasião, ao invés de entender pela revogação do preceito constitucional autorizador da prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela “eficácia paralisante” das disposições infraconstitucionais regentes da matéria (art. 1.287 do Código Civil de 1916, art. 652 do Código Civil de 2002 e art. 1º do Decreto-lei n. 911/1969). Segundo a Corte Constitucional, o art. 5º, LXVII da Lei Fundamental não pode ser aplicado porque encontra-se, diante da força normativa dos tratados de direitos humanos vigentes no Brasil, “sem base legal”. (MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 221-253. p. 235).

¹¹⁸ (Constituição Federal) “Art. 5º (...) § 3º 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.”

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 64.

¹²⁰ As posições refratárias à hierarquização das normas são próprias das correntes do constitucionalismo multinível. Alves e Leal, por exemplo, defendem que na realidade normativa brasileira o controle de convencionalidade deve ser não hierárquico. A proposta se aproxima muito da tese deste trabalho, mas diferentemente dela é marcada por uma rejeição à hierarquização normativa para os autores, que adotam a teoria da interconstitucionalidade. Para eles, as normas constitucionais e de tratados de direitos humanos integram uma rede normativa não hierárquica balizada pelo princípio *pro persona*: “Existe, portanto, um bloco de constitucionalidade integrado pelas normas materialmente constitucionais globais e regionais, que coexistem as normas formalmente nacionais, não havendo, portanto, de se falar em relação hierárquica entre ambas (quando versam sobre direitos humanos, obviamente). A superação da hierarquia normativa é, pois, o principal desafio ao controle de convencionalidade que se quer estabelecer.” “Deve-se, portanto, partir para um controle que deixe de lado a concepção de confronto entre norma-paradigmática/norma-objeto, para uma aplicação normativa sistêmica (e de sua interpretação) mais favorável ao caso concreto em apreciação. Significa dizer que, sob o viés da interconstitucionalidade, não se pode atribuir o engessamento a uma norma constitucional nacional como paradigma, tampouco a uma norma internacional. Isso porque ora uma vai prevalecer, ora outra.” (ALVES,

Para operacionalização concreta do Direito positivo entende-se que ainda é necessário partir de algum nível hierárquico para aplicação de normas, sob pena de enfrentamento de uma dificuldade de escolha do ponto de partida na rede normativa multinível. Assim, assume-se nesta tese, de acordo com a linha jurisprudencial das Cortes Internacionais, que as normas de tratados ratificados se sobrepõem, *de início*, a todas as normas nacionais, sob pena de negar os compromissos assumidos internacionalmente. No entanto, em cada caso deverá ser investigado se não há norma inferior mais benéfica ou menos restritiva com natureza de direito fundamental ou humano cuja aplicação prioritária seja impositiva por determinação do critério *pro persona*. Isto é, embora a regra geral de tratamento normativo deva ser a de hierarquia supraconstitucional das normas convencionais, essa solução hierárquica não é rígida e absoluta. Ela cede à norma mais favorável ou menos restritiva.¹²¹ A tese não é incompatível com o art. 5º, § 3º da Constituição, que permite integrar no bloco de constitucionalidade normas de tratados para possibilitar controle abstrato de constitucionalidade que tome como paradigma também normas de origem internacional. De qualquer forma, ela reforça a percepção de que a previsão do art. 5º, § 3º da Constituição a pretexto de resolver as discussões sobre a hierarquia normativa dos tratados, só as intensificou.¹²² Apesar das controvérsias e da filiação a uma ou outra corrente, o que importa é a percepção do *status* privilegiado dos tratados de direitos humanos reconhecido pelo STF como supralegais, o que já é suficiente para possibilitar o controle de convencionalidade. O reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos estão acima da lei e dos atos administrativos já obriga um controle de convencionalidade bastante amplo sobre muitas das práticas e normas estatais.

Segundo Miguel Carbonell, pouco importa a natureza pública ou privada do litígio, o dever de atender o disposto nos tratados de direitos humanos obriga a aplicação de ofício do controle de convencionalidade,¹²³ conclusão extraída da jurisprudência da Corte IDH e compartilhada entre outros autores.¹²⁴ A realização de ofício do controle de

Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 107/111).

¹²¹ GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

¹²² GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018. p. 28-29.

¹²³ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 73.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade**: um

convencionalidade significa a relativização do princípio da demanda ou congruência justificada na interpretação *pro persona* e no brocardo *iura novit curia*.¹²⁵ Ao contrário, a recusa na realização do controle de convencionalidade configura-se como recusa do Estado ao cumprimento das normas convencionais, o que pode levar à responsabilização internacional do Brasil. Ou seja, em termos operacionais, além de contribuir para a economia processual e integridade do SIDH, o controle de convencionalidade tem também como um dos objetivos declarados evitar a responsabilização internacional do Estado.¹²⁶

A responsabilidade internacional, a ser sempre evitada¹²⁷, deflagra consequências jurídicas e políticas.¹²⁸ Jurídicas porque, caso infrutíferas as tentativas de conciliação perante a Comissão IDH, gera condenação por sentença internacional perante a Corte IDH.¹²⁹ O descumprimento de uma condenação pela Corte IDH acarreta: **(i)** em supervisões de cumprimento de sentença pela Corte IDH, que a seu juízo pode a qualquer momento instar o cumprimento de seus julgados; **(ii)** na possibilidade da Corte IDH submeter via informe anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) recomendações para viabilizar o cumprimento da condenação. Essa é uma instância política de coação,¹³⁰ ao lado do Conselho Permanente da OEA.¹³¹ A exemplo dos relatórios de monitoramentos do sistema

panorama latino-americano. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 66.

¹²⁵ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 142.

¹²⁶ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad**. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 28.

¹²⁷ “As violações das obrigações gerais e específicas por algum dos órgãos ou agentes do Estado são atribuíveis ao Estado como sujeito internacional, configurando um fato ilícito internacional, o qual gera a responsabilidade internacional respectiva, com o agravante de constituir violações de direitos humanos.” (ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 341).

¹²⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 341.

¹²⁹ Sobre as sentenças internacionais da Corte, cf. BOLFARINI, Isabella. **Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Salvador: Jus Podium, 2019.

¹³⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos**. México-DF: Tirant lo Blanch, 2013. p. 630.

¹³¹ No sistema africano a instância política de responsabilização de responsabilidade do Conselho Executivo e da Assembleia da União Africana, e no sistema europeu é do Conselho de Ministros do Conselho da Europa. (HEYNS, Christof; PADILHA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de

onusiano, a responsabilização política pode gerar sanções econômicas e tem como objetivo primário “ampliar a consciência em relação às violações de um Estado, e a vergonha que acompanha a exposição pode levar a melhorias. Mas o sucesso do monitoramento é limitado, e os efeitos adversos da publicidade são intangíveis e demoram a chegar.”¹³² Mac-Gregor lembra que em 2012 foi informado à OEA o descumprimento, pela Venezuela, da condenação no Caso Apitz Barbera e outros vs. Venezuela (2008). O conteúdo *ipsis litteris* do informe, nos termos do art. 65 da CADH, compreendia uma solicitação para que a OEA “inste dito Estado a cumprir com a sentença da Corte.”¹³³ Observa-se que se trata de simplesmente um pedido, uma solicitação de natureza política sem força cogente para que a Assembleia do órgão “instasse” o cumprimento da condenação pelo Estado venezuelano, o que não pode deixar de ser compreendido como um exemplo para quem sustenta a ineficácia do sistema jurisdicional internacional de proteção de direitos humanos.

Mas a ausência de sanção coercitiva no plano internacional em caso de descumprimento de condenações da Corte IDH não deve ser compreendida como uma deficiência do sistema¹³⁴, uma vez que a descentralização das ordens jurídicas “não impede que seus participantes exerçam sua autoridade no sentido de declarar e tornar efetivas as cláusulas e postulados internacionalistas.”¹³⁵ O controle de convencionalidade é uma das maneiras efetivas de exercício daquela autoridade e concretização de normas convencionais a despeito da vontade ocasional dos governos estatais no plano internacional. Há várias razões que levam os Estados cumprir com o regramento de Direito Internacional. Às vezes por auto interesse, por receio de ser excluído de certo organismo ou grupo, ou por temor das sanções que podem ser aplicadas. Mas é o processo gradual de internalização das normas internacionais no comportamento concreto das nações que explica a adesão generalizada ao Direito Internacional – mesmo apesar do reiterado descumprimento de várias de suas normas

direitos humanos: uma atualização. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 4, a. 3, p.161-169, 2006. p. 164).

¹³² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 155-156.

¹³³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coiza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo** generador incansable de diálogos. México-DF: Tirant lo Blanch, 2013. p. 631. Nota 37.

¹³⁴ Na visão de Gordillo, ainda que não haja uma sanção material direta para os Estados que descumprem a CADH, a possibilidade da Corte IDH declarar inválida uma norma inconveniente e reconhecer-lhe ausência de efeitos significa, por si só, uma sanção jurídica. (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. VI-24-25).

¹³⁵ LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 20.

ser também uma realidade. Mais do que impor uma norma, o melhor meio de fazer um país cumpri-la é encorajar a sua internalização a ponto de sua aplicação tornar-se parte do Direito interno vigente.¹³⁶

Haja vista aquelas dificuldades práticas do sistema judicial internacional, o modo mais efetivo de fazer o Estado signatário de um tratado de direitos humanos cumprir com as normas convencionais e até mesmo cumprir uma condenação internacional é justamente pelo exercício de controle de convencionalidade nacional pelos agentes públicos.¹³⁷

1.1.2. Espécies do controle de convencionalidade

Há diversas classificações na literatura sobre controle de convencionalidade que buscam distinguir as espécies ou modalidades da técnica. Serão demonstradas as principais classificações segundo os critérios: **(i)** do sujeito competente; **(ii)** do objeto controlado; **(iii)** do momento do controle; **(iv)** da intensidade do resultado do controle.

1.1.2.1. Controle de convencionalidade quanto ao sujeito competente

Uma classificação bastante comum é aquela que define as espécies de controle de convencionalidade segundo o critério do sujeito competente ou destinatário da técnica. Ou, mais rigorosamente, segundo o critério do espaço institucional jurídico em que realizado o controle: internacional, pela Corte IDH, ou nacional, pelos agentes públicos dos países integrantes do SIDH e signatários da CADH. As discordâncias, em sua maioria, estão na definição de quais agentes públicos nacionais possuem tal competência.

Segundo Flávia Piovesan, o controle de convencionalidade é exercido tanto pela Corte IDH, quanto no plano interno.¹³⁸ Eduardo Ferrer Mac-Gregor classifica o controle de convencionalidade em *concentrado* pela Corte IDH, e *difuso* pelos juízes nacionais e órgãos

¹³⁶ KOH, Harold Hongju. How is international Human Rights Law Enforced? **Indiana Law Journal**, v. 74, n. 4, p. 1397-1417, 1999. p. 1407-1408.

¹³⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo** generador incansable de diálogos. México-DF: Tirant lo Blanch, 2013. p. 661-662.

¹³⁸ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 140.

de administração de justiça.¹³⁹ A mesma classificação entre controle concentrado e difuso é citada por Victor Bazán¹⁴⁰ e, incluindo servidores de todos os poderes e entidades públicas na segunda modalidade, por Jaime Orlando Santofimio Gamboa.¹⁴¹ A nomenclatura de Mac-Gregor, Bazán e Santofimio Gamboa é inspirada na técnica de controle de constitucionalidade.

Juan Carlos Hitters denomina aquele controle de convencionalidade difuso de *primário*, enquanto o controle de convencionalidade concentrado pela Corte é chamado pelo autor de *secundário*. A nomenclatura busca ser compatível com o caráter subsidiário de atuação da Corte IDH, que apenas atua após o término de todos os processos internos de resolução de violações a direitos humanos.¹⁴² A classificação difere do que se verifica na proposta de Castilla Juárez, quem termina por – não intencionalmente – hierarquizar as espécies ao classificá-las em controle de convencionalidade *autêntico*, realizado pela Corte IDH, e controle de convencionalidade *interamericano*, realizado por autoridades nacionais.¹⁴³ Por sua vez, Schäfer *et al* distinguem o controle de convencionalidade *tradicional*, feito pela Corte IDH, do controle de convencionalidade *interamericano*, feito pelos agentes públicos dos países sujeitos à jurisdição da Corte IDH.¹⁴⁴

¹³⁹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 559. O artigo é reprodução em parte do voto apartado do autor no Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010). Em parte apenas, porque acompanhado de inserções e comentários do autor não constantes no voto. O artigo foi originalmente publicado em CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional**. México: UNAM, 2011. Em manutenção da classificação proposta pelo autor em estudos posteriores, cf.: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. **Urbe et Ius - Revista de Opinión Jurídica**, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013. p. 34.

¹⁴⁰ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 212/230.

¹⁴¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 464-474.

¹⁴² HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocesos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 126/128.

¹⁴³ O autor é um grande crítico do controle de convencionalidade. Por isso, diferentemente dos demais autores citados, defende a técnica como mera aplicação de normas convencionais, de modo que o controle interamericano seria aquele cabível a “todas as autoridades, órgãos e poderes de um Estado-parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais tratados interamericanos, consistente em aplicar *ex officio* o Direito Internacional, e especificamente a Convenção Americana e suas fontes, incluindo a jurisprudência de dito tribunal interamericano, no marco das respectivas competências de cada autoridade, órgão ou poder e das regulações processuais correspondentes.” (CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 102).

¹⁴⁴ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou suas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 219-221.

Segundo Sergio García Ramírez, são duas as dimensões do controle de convencionalidade: a *interna*, de responsabilidade dos órgãos estatais, e a *externa*, de responsabilidade da Corte IDH, sendo esta última a dimensão própria ou original da técnica.¹⁴⁵ A mesma dicotomia interna/externa é sustentada por Ingo Wolfgang Sarlet.¹⁴⁶ Silvio Antonio Grijalva Silva defende a mesma classificação de controle de convencionalidade *externo* ou *próprio*, de responsabilidade da Corte IDH; e *interno*, de responsabilidade dos agentes públicos nacionais, embora segundo o autor reservada aos integrantes do Judiciário¹⁴⁷, assim como faz Jesus Tupã Silveira Gomes.¹⁴⁸ Há ainda mesclas de classificações, como a de Felipe Dalenogare Alves e Mônia Clarrisa Henning Leal, os quais apontam uma distinção entre controle de convencionalidade *concentrado* pela Corte IDH, e *interno* pelos órgãos de Estado no plano nacional.¹⁴⁹ Nesse sentido, Valerio de Oliveira Mazzuoli prefere a terminologia que contrapõe o controle *interno* de convencionalidade ao *internacional*. Em todo caso, para esse autor, a prioridade é do controle interno, feito primordialmente por juízes e tribunais, mas também pelo Poder Executivo e Legislativo. O controle internacional seria subsidiário, enquanto o controle interno difuso seria o principal, primário. Segundo sustenta Mazzuoli, “o autêntico controle de convencionalidade é o interno, não o internacional (que é apenas *complementar* ou *coadjuvante* dele).”¹⁵⁰

À luz dos sistemas de proteção de direitos humanos a que o Brasil se filia, entende-se que entre as várias classificações possíveis, a que melhor contrapõe as espécies de controle de convencionalidade é a de Néstor Pedro Sagüés e André de Carvalho Ramos, que as distinguem segundo o âmbito institucional de proteção, sem o confundir com as classificações próprias do controle de constitucionalidade¹⁵¹ e sem fazer parecer que um âmbito é prioritário

¹⁴⁵ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integración jurídica: emergencia de un nuevo derecho público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 557-559.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 50.

¹⁴⁷ SILVA, Silvio Antonio Grijalva. Acceso jurisdiccional a la justicia constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 357.

¹⁴⁸ GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 57-61.

¹⁴⁹ ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 41-42.

¹⁵⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdiccional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 29/121-125.

¹⁵¹ Sidney Guerra, com razão, critica a classificação que opõe o controle nacional e internacional de convencionalidade como *concreto* e *abstrato*, respectivamente, a exemplo da classificação do controle de

a outro. Assim, classifica-se doravante nesta tese o controle de convencionalidade em: **(i)** controle de convencionalidade *internacional*, realizado pela Corte IDH especialmente, sem prejuízo de seu exercício por outros tribunais internacionais; **(ii)** controle de convencionalidade *nacional*, realizado pelos órgãos estatais internos.¹⁵² Assim, tem-se as seguintes espécies quanto ao sujeito competente:

(i) Controle de convencionalidade internacional: é aquele realizado por uma corte judicial internacional ou por comissão com competência para proteção de direitos humanos. Pode ser realizado pela Corte Internacional de Justiça, a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte IDH ou a Corte Africana de Direitos Humanos.¹⁵³ Pode, ainda ser realizado pela Comissão IDH. Para fins dessa tese importa, pelo recorte selecionado, entender o controle de convencionalidade internacional pela Corte IDH.

Como já dito e mais à frente será detalhado, há divergência quanto ao objeto do controle de convencionalidade: se seriam apenas normas jurídicas (especialmente leis, mas não só), ou também seriam outros atos estatais além das normas jurídicas produzidas pelo Estado-parte. O que Miriam Henríquez Viñas afirma, após estudar casos julgados pela Corte IDH entre 2006 e 2017, é que o tribunal de fato se refere a controle de convencionalidade como controle de compatibilidade *entre normas*.¹⁵⁴ Muito embora no parágrafo 65 da resolução de cumprimento de sentença do Caso Gelman vs. Uruguai¹⁵⁵ a Corte IDH mencione que o controle de convencionalidade internacional seria uma instituição de *aplicação* do

constitucionalidade. Para ele, não existe controle abstrato de convencionalidade pela Corte IDH, pois ela não invalida normas em abstrato em processo objetivo. Sua atuação depende sempre de um caso *concreto*, em que um Estado está sendo julgado como parte (GUERRA, Sidney. Gomes Lund x República Federativa do Brasil: o caso junto à Corte Interamericana. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 310).

¹⁵² SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 120-121; RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 405-407.

¹⁵³ GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018. p. 55.

¹⁵⁴ A par das posições doutrinárias, a autora localiza na jurisprudência da Corte IDH a natureza do controle de convencionalidade: um controle normativo de compatibilidade. A autora assim conclui para afastar posições que defendem o controle de convencionalidade como mera aplicação, mais ou menos intensa, da CADH e outros tratados internacionais. Sua posição acarreta duas principais consequências para o exercício do controle: (i) “supõe para o destinatário não aplicar as normas internas quando estas contrariam as normas da Convenção Americana e sua interpretação”; (ii) “em certos casos se assimila ao controle normativo de constitucionalidade”; e (iii) no caso em que se fez referência ao efeito do controle de convencionalidade, *Almonacid Arellano vs. Chile*, se estimou a invalidez com efeitos retroativos da norma inconvencional”. (VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 353).

¹⁵⁵ “65. Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del ‘control de convencionalidad’, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.” (CORTE IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentença. Resolução de 20 mar. 2013. § 65).

Direito Internacional, nas demais menções da sentença no mesmo caso ficaria claro que a Corte compreende a técnica no âmbito internacional como um controle de compatibilidade e validade entre normas jurídicas.¹⁵⁶ Essa posição se sustenta na diferenciação entre *aplicação* de norma convencional e *controle de convencionalidade*, e ganha respaldo na medida em que a Corte IDH nem sempre controla a convencionalidade. As recentes condenações do Brasil nos Casos Favela Nova Brasília vs. Brasil e Povo Indígena Xucuru e seus Membros vs. Brasil, por exemplo, não oportunizaram o controle de convencionalidade em nenhum momento, pelo menos não de norma. Não houve declaração de invalidade de norma nacional, embora tenham sido constatadas várias violações a direitos humanos que o Brasil se comprometeu cumprir,¹⁵⁷ o que pode ser classificado como controle de convencionalidade de práticas, como se verá no capítulo 3. Seja como for, há uma diferença entre a Corte realizar o controle de convencionalidade e condenar um Estado por violação a um tratado. Uma coisa pode ou não estar atrelada a outra. Segundo Gomes, no exercício de controle internacional ela invalidaria normas internas e/ou determinaria sua compatibilização com o tratado; na responsabilização ela condenaria por descumprimento de alguma norma de tratado internacional de direitos humanos sem determinar alteração de normas ou declará-las inválidas.¹⁵⁸

Viñas localiza no parágrafo 180 do Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008)¹⁵⁹ o momento em que a Corte IDH definiu como sujeitas a controle de convencionalidade também as “práticas internas” contrárias ao *corpus iuris* convencional.¹⁶⁰ Embora no Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá a Corte IDH esteja descrevendo o controle de convencionalidade

¹⁵⁶ VIÑAS, Miriam Henríquez. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. **Revista Derecho del Estado**, n. 43, p. 131-157, maio/ago. 2019. p. 145.

¹⁵⁷ SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. **Defensoria Pública e controle de convencionalidade**: a instituição e o instrumento para a proteção e promoção dos direitos humanos. *Lumen Juris*, 2020. p. 125/139.

¹⁵⁸ “(...) inexistindo atividade e compatibilização normativa, não resta caracterizada a ocorrência de controle de convencionalidade: houve, isso sim, o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado no plano internacional.”¹⁵⁸ (GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018. p. 40-45).

¹⁵⁹ “180. La Corte ha interpretado que tal adecuación 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. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina ‘control de convencionalidad’, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.” (CORTE IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentença de 12 ago. 2008. § 180).

¹⁶⁰ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 348.

nacional, seria incoerente distinguir o objeto do controle conforme o âmbito de seu exercício, de modo que a jurisprudência da Corte IDH não é clara a respeito do que pode, em processos internacionais, ter a convencionalidade controlada.

Para Humberto Nogueira Alcalá, a Corte IDH, embora não manifestamente, faz controle de convencionalidade desde a sua primeira sentença. Para o autor, toda vez que a Corte reputa inconveniente uma *atuação de agentes estatais* por contrariedade à CADH ou outro tratado, ela realizaria controle de convencionalidade.¹⁶¹ A posição do autor é lógica, pois como ele entende que “práticas” de agentes ou condutas do Estado são objeto de controle, não é errado entender que toda vez que a Corte coteja uma conduta com a CADH ela declare inconveniente.

Do exposto, no controle de convencionalidade internacional é possível, portanto, sustentar a viabilidade de um **(a.1)** controle de convencionalidade internacional normativo; e **(i.a)** controle de convencionalidade internacional de práticas estatais, do seguinte modo explicados:

(i.a) Controle de convencionalidade internacional normativo: é aquele cujo objeto controlado é uma norma jurídica, uma proposição prescritiva formulada em um enunciado produzido segundo procedimento estatal próprio.¹⁶² Nessa linha, Ernesto Cantor distingue duas fases da jurisprudência da Corte IDH.

A primeira fase é caracterizada pelo maior comedimento da Corte, que refutava o controle de convencionalidade de normas nacionais pelo tribunal internacional. Entre 1993 e 1997¹⁶³, Cantor identifica autocontenção da Corte IDH na medida em que apenas aceitava a apreciação da compatibilidade de uma norma com a CADH quando pudesse constatar um dano efetivo para vítimas determinadas de alguma ação ou omissão baseada em norma nacional inconveniente. A incompatibilidade em abstrato de uma norma nacional, sem que um dano a vítimas determinadas fosse consumado, não era apreciada pela Corte IDH.

Esta apenas admitia que pudesse caber, para situações de risco de dano, uma medida cautelar a ser concedida pela própria Comissão IDH.¹⁶⁴ Os votos concorrentes do juiz

¹⁶¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 344.

¹⁶² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 64-66.

¹⁶³ Foram analisados pelo autor: Opinião Consultiva n. 13/1993, Opinião Consultiva n. 14/1994, Caso Lacayo vs. Nicaragua (1995), Caso El Amparo vs. Venezuela (1996) e Caso Cabellero Delgado vs. Colômbia (1997).

¹⁶⁴ CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de las leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho**. Tomo IX. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2008. p. 227-236.

Cançado Trindade nos casos Caso El Amparo vs. Venezuela (1996) e Cabellero Delgado vs. Colômbia (1997) criticavam a autocontenção da Corte IDH. Cançado Trindade defendia que não fazia sentido a postura formalista da jurisprudência, que ademais não contribuía para o intuito de máxima efetividade dos direitos da CADH.

A recusa em analisar a convencionalidade de normas em abstrato para decidir um caso resultava em ineficácia da CADH e deslegitimação do papel da Corte, criada para *garantir* que os direitos humanos positivos fossem respeitados e aplicados pelos Estados. Deixar ao alvedrio dos Estados a opção de retirar ou não uma norma contrária à CADH simplesmente por não se apresentarem danos concretos em desfavor de sujeitos determinados seria contribuir para a ineficácia do tratado e estimular, ainda que por inércia, a aplicação de norma inconveniente para o futuro.¹⁶⁵ Essa constatação levou à mudança da jurisprudência da Corte IDH a partir do Caso Suárez Rosero vs. Equador (1997), primeiro caso contencioso em que se reconheceu a violação *per se* de norma nacional à CADH.¹⁶⁶

O Caso Suárez Rosero tratava de inconveniente de norma do Código Penal equatoriano que impedia a libertação de presos por excesso de prazo para acusados de narcotráfico.¹⁶⁷ As declarações seguintes de inconveniente de controle internacional pela Corte IDH seguiram até o Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006).¹⁶⁸ Este último foi

¹⁶⁵ CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de las leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IX. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2008. p. 234-238.

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 73; CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de las leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IX. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2008. p. 239.

¹⁶⁷ “97. Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella (Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 36). Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho. 98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculcados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. **La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.**” (Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Equador. Sentencia de 12 nov. 1997. §§ 97-98. Grifos ausentes no original).

¹⁶⁸ A exemplo dos seguintes casos citados por Ernesto Cantor: Casos Castillo Petruzzi e outros vs. Peru (1999), Caso Las Palmeras vs. Colômbia (2000), Caso Barrios Altos vs. Peru (2001), Caso Hilaire, Constantin e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago (2002), Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago (2005), Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala (2005), Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala (2005), Caso Gómez Palomino vs. Peru (2005), Caso Palamara Iribarne vs. Chile (2005). (CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de las

o primeiro em que a Corte manifestou a possibilidade de controle de convencionalidade nacional, segunda espécie de controle a ser descrita à frente.

O controle concentrado de convencionalidade de normas pela Corte IDH não invalida o material controlado, o que é competência dos Estados condenados. Marcelo Ramos Peregrino Ferreira lembra o Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua (1995) em que a Corte IDH explicou não deter competência para revisão das legislações internas, ainda que inconventionais.¹⁶⁹ Nesse aspecto, aqui está mais uma razão para não usar a terminologia ‘controle concentrado’ para o controle internacional de convencionalidade, pois tende a ser enganoso quanto aos efeitos da declaração de inconventionabilidade quando comparado com o controle de constitucionalidade.

(i.b) Controle de convencionalidade internacional de práticas estatais: é aquele cujo objeto controlado é uma conduta estatal materializada sob forma distinta da normativa produzida pelo constituinte ou pelo legislador, e que produz efeitos no mundo dos fatos. O reconhecimento dessa categoria de controle implica o reconhecimento de que não só normas jurídicas produzidas pelo constituinte ou legislador podem ser examinadas e declaradas inconventionais. Outras práticas estatais também, nas quais esta tese classifica as decisões judiciais ou administrativas e as omissões estatais à parte, como se justificará em maiores detalhes no capítulo 3.

Quando o objeto de análise da Corte IDH é uma decisão judicial de um Estado signatário da CADH, a atuação da Corte IDH não acontece como se fosse um tribunal de terceira, quarta ou última instância judicial. A Corte IDH é uma espécie de corte de cassação regional.¹⁷⁰ Não compete à Corte IDH reapreciar os fatos de processo judicial, revalorar provas ou rejulgar desde o início uma causa já apreciada pelo Judiciário nacional.¹⁷¹ Apesar disso, quando em sede interna os tribunais atuam, inclusive quando realizam controle de convencionalidade, cabe à Corte IDH verificar se a atuação ou o controle aconteceu em conformidade com a CADH nos processos sob sua jurisdição. A Corte IDH analisa o mérito da decisão interna objeto do processo internacional a fim de identificar sua adequação convencional. O que corresponde a análise de mérito sobre o juízo de convencionalidade

leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IX. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2008. p. 238-260).

¹⁶⁹ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**: direitos políticos e inelegibilidades. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 226.

¹⁷⁰ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 125.

¹⁷¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 616.

nacional feito pelo Poder Judiciário do Estado signatário, e não análise de preliminar de interesse processual internacional (como se o mero fato de ter sido feito controle de convencionalidade internamente afastasse a competência da Corte IDH). O papel da Corte IDH é de verificar alguma violação aos direitos humanos previstos em instrumentos que lhe reservam competência jurisdicional. Seu papel é subsidiário em função da norma prevista no art. 46.1, “a” da CADH¹⁷², mas ainda assim está presente e consiste em averiguar a adequação de uma decisão interna com a CADH. Ou seja, o que ela poderá fazer em relação ao exercício do controle de convencionalidade praticado por órgãos internos é verificar, em processo internacional, se eles o aplicaram corretamente à luz da CADH, o que também é controlar a convencionalidade. Mais do que rejeitar uma questão, à Corte IDH cabe preservar os direitos previstos nos tratados internacionais, especialmente a CADH.¹⁷³ Nem poderia deixar de sê-lo, pois a configuração institucional da Corte IDH e suas competências pressupõem a verificação de compatibilidade de atos e condutas dos Estados signatários com a convenção.

(ii) Controle de convencionalidade nacional: é o controle de compatibilidade realizado por órgãos de quaisquer dos Poderes estatais ou que sequer estejam inseridos em algum dos Poderes segundo a estrutura institucional clássica de divisão de funções, mas que desempenham alguma função atribuída pelo ordenamento jurídico a algum órgão de Estado. Essa espécie de controle de convencionalidade é justificada no fato de que aceitar a aplicação interna de uma norma inconveniente ou coadunar com alguma prática contrária aos direitos humanos geraria, por si só, responsabilidade internacional do Estado.¹⁷⁴ Além disso, o controle de convencionalidade nacional é expressão da recepção nacional das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), que no SIDH tem como objetivo principal “a formação de *ius commune* de mesmo alcance geográfico-jurídico.”¹⁷⁵ Para tanto,

¹⁷² A regra de esgotamento de recursos internos prevista no art. 46.1, “a” da CADH para acesso à Corte IDH “funciona como um redutor de tensões entre os Estados, na qual é respeitada a soberania ao se enfatizar o caráter subsidiário da jurisdição internacional. A Comissão tem interpretado esse requisito restritivamente, privilegiando sempre o acesso do indivíduo às instâncias internacionais e compreendendo que os Estados têm o dever de prover os recursos internos aptos a reparar os danos causados aos indivíduos.” (ESTRADA, Lisandra R. D. Comentário ao art. 46. In: GUERRA, Sidney *et al.* (Org.). **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos**: Pacto de São José da Costa Rica. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 384).

¹⁷³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 617.

¹⁷⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 563.

¹⁷⁵ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integración jurídica: emergencia de un nuevo derecho público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 560.

lembra Piovesan, é essencial o “fortalecimento do controle da convencionalidade e do diálogo entre jurisdições, sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.”¹⁷⁶

O controle de convencionalidade nacional também se fundamenta no caráter subsidiário da atuação da Corte IDH.¹⁷⁷ O princípio da subsidiariedade no SIDH tem primeiro assento no preâmbulo da CADH, que prevê mecanismos processuais internacionais de proteção de direitos humanos em caráter coadjuvante e complementar aos que devem ser oferecidos pelos Estados internamente.¹⁷⁸ Depois, se extrai de dispositivos de Direito material e processual da Convenção (o já citado art. 46.1, “a”),¹⁷⁹ o que leva a classificá-lo, o princípio da subsidiariedade, desde uma perspectiva processual e desde uma perspectiva normativa, segundo Ariel E. Dulitzsky. **(a)** Processualmente o princípio da subsidiariedade exige, como regra, o esgotamento dos recursos internos para acesso à Comissão IDH e à Corte IDH, prestigiando a soberania e as soluções que os Estados nacionais podem dar a algum problema que envolve direitos humanos, nos termos do art. 46 da CADH. **(b)** Normativamente, o princípio da subsidiariedade se extrai do art. 1 e 2 da mesma Convenção, que preveem como obrigação dos Estados a responsabilidade primária e o dever de proteger e garantir os direitos humanos convencionais por quaisquer medidas necessárias e à sua disposição.¹⁸⁰

Para Alcalá, a obrigação de controle de convencionalidade nacional já existia antes do Caso Almonacid Arellano vs. Chile. O que houve a partir de 2006 teria sido somente o batismo da técnica pela Corte IDH,¹⁸¹ que em casos posteriores buscou identificar, ainda que

¹⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 145.

¹⁷⁷ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergencia de un nuevo derecho público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 579.

¹⁷⁸ (CADH) “Preâmbulo. (...) Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, *coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos*; (...)” – Grifos ausentes no original.

¹⁷⁹ (CADH) “Art. 46.1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; (...)”

¹⁸⁰ “O controle de convencionalidade vem integrar essa visão [do princípio da subsidiariedade ao lado do princípio da integralidade] ao exigir que a Convenção não opera só de maneira complementar, senão de maneira paralela, concorrente, integral e especialmente em um grau hierárquico superior ao sistema jurídico nacional.” (DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *at al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 537-538).

¹⁸¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 347.

de modo não tão claro, quem efetivamente é competente na estrutura organizacional dos Estados para emprego da técnica.

No Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru (Aguado Alfaro e outros) (2006), pela primeira vez a Corte IDH mencionou que a realização do controle de convencionalidade nacional deveria acontecer no marco das competências e regulações processuais correspondentes de cada país.¹⁸² No caso, a Corte IDH se posicionou exclusivamente em relação às competências jurisdicionais, para alguns no sentido de que a depender do rol de competências caberia *ao juiz* que exerce controle de convencionalidade anular normas nacionais ou não aplicar normas nacionais contrárias aos tratados.¹⁸³ Para outros, se posicionou no sentido de que o “controle de convencionalidade que devem praticar os juízes domésticos implica confrontar (sic), nas matérias que são de sua competência e de acordo com os procedimentos previstos na ordem jurídica, que as normas internas não vulnerem as regras determinadas pelo Direito Convencional Internacional ou supranacional no caso.”¹⁸⁴ As duas perspectivas não se anulam e são complementares. No Brasil, para o Poder Judiciário, a posição institucional oficial a partir da Recomendação n. 123 de 07 de janeiro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é a de que compete a todos os órgãos do Poder Judiciário observar os tratados de direitos humanos, utilizar a jurisprudência da Corte IDH, e realizar o controle de convencionalidade quando no exercício de sua função típica.¹⁸⁵ A resolução está inserida entre os mecanismos jurídicos de implementação de fomento da cultura de direitos humanos no Judiciário.¹⁸⁶

¹⁸² “28. Cuando 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 ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.” (CORTE IDH. Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru. Sentença de 24 nov. 2006. § 128. Grifos ausentes no original).

¹⁸³ BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 112.

¹⁸⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 343.

¹⁸⁵ “O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais, **CONSIDERANDO** que o Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948; **CONSIDERANDO** que a República Federativa do Brasil adota como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 1º, inciso III, c/c. arts. 3º e 4º, inciso II, da CRFB); **CONSIDERANDO** que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu § 2º do art.

A fórmula acima transcrita, entretanto, se repetiu posteriormente mais de uma vez como tentativa da Corte IDH estimular a realização do controle de convencionalidade nacional por outros órgãos estatais além daqueles do Poder Judiciário e em busca de harmonia com as divisões de competências próprias de cada Estado organizados soberanamente. Como registra Viñas, em dezesseis sentenças de 2010 a 2012¹⁸⁷ a expressão “no marco das suas

5º, 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’; **CONSIDERANDO** que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece em seu § 3º do art. 5º, 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’; **CONSIDERANDO** que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, promulgada por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, dispõe no art. 1º que os ‘Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social’; **CONSIDERANDO** ainda que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe no art. 68 que os “Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”; **CONSIDERANDO** que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969, promulgada por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, estabelece no art. 27 que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”; **CONSIDERANDO** que o Código de Processo Civil em seu art. 8º dispõe que ‘ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência’; **CONSIDERANDO** a diretriz estratégica para orientar a atuação do Judiciário brasileiro de 2016, aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, estabelece que ‘é diretriz estratégica do Poder Judiciário, e compromisso de todos os tribunais brasileiros, dar concretude aos direitos previstos em tratados, convenções e demais instrumentos internacionais sobre a proteção dos direitos humanos’; **CONSIDERANDO** que a Corte Interamericana de Direitos Humanos reiterou em sua jurisprudência, inclusive nos casos em que o Estado Brasileiro foi condenado diretamente, o dever de controlar a convencionalidade pelo Poder Judiciário, no sentido de que cabe aos juízes e juízas aplicar a norma mais benéfica à promoção dos direitos humanos no equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes; **CONSIDERANDO** que cabe aos juízes extrair o melhor dos ordenamentos buscando o caminho para o equilíbrio normativo impactado pela internacionalização cada vez mais crescente e a necessidade de se estabelecer um diálogo entre os juízes; **CONSIDERANDO** os termos das condenações, em especial as medidas de reparação integral ordenadas em face do Estado Brasileiro em todas as 10 (dez) sentenças expedidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado; **CONSIDERANDO** o deliberado pelo Plenário do CNJ no procedimento Ato Normativo nº 0008759-45.2021.2.00.0000, na 61ª Sessão Extraordinária, realizada em 14 de dezembro de 2021; **RESOLVE**: Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário: I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas. II – a priorização do julgamento dos processos em tramitação relativos à reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em condenações envolvendo o Estado brasileiro e que estejam pendentes de cumprimento integral. Art. 2º Esta Recomendação entra em vigor na data da sua publicação.” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 123. Publicado em 11 jan. 2022. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>>. Acesso em 14 nov. 2023)

¹⁸⁶ PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. Mecanismos nacionais de implementação das decisões do sistema interamericano. *Revista de Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 81, p. 191-212, jul./dez. 2022. p. 201.

¹⁸⁷ Os casos mencionados por Viñas são: “Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai (2010), Fernández Ortega vs. México (2010), Rosendo Cantú vs. México (2010), Ibsen Cárdenas vs. Bolívia (2010), Vélez Loor vs. Panamá (2010), Gomes Lund vs. Brasil (2010), Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010), Gelman vs. Uruguay (2011), Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011), López Mendoza vs. Venezuela (2011), Fontevecchia

respectivas competências e das regulações processuais correspondentes” aparece como critério limitador do controle de convencionalidade por autoridades públicas. A expressão é de fundamental importância para compreender como os órgãos encarregados da função administrativa devem realizar o controle de convencionalidade, sobretudo porque no Brasil sequer norma de natureza recomendatória existe para definir ou limitar como a técnica deve ser realizada por outras funções estatais que não a jurisdicional. Ainda segundo Viñas, a fórmula é um dos elementos “mais estáveis do controle de convencionalidade, sem prejuízo das variadas interpretações de seu alcance.”¹⁸⁸ O detalhamento do significado da fórmula e a defesa de como merece ser interpretada em relação à função administrativa brasileira serão objeto dos próximos capítulos.

1.1.2.2. Controle de convencionalidade quanto ao objeto controlado

Conquanto seja possível defender um conceito bastante alargado de controle de convencionalidade, assimilando-o com a mera aplicação de normas de tratados de direitos humanos, o essencial da técnica no plano interno de cada Estado é a constatação de uma situação de incompatibilidade entre uma norma ou uma prática estatal com tratados de direitos humanos. Situação essa que é, neste âmbito, declarada por um agente estatal. A mera aplicação concreta de norma convencional válida e vigente não é controle de convencionalidade. O controle implica na confrontação de normas ou entre normas e práticas e na tomada de decisão a respeito da prevalência de uma determinada norma ou conduta à luz do tratado de direitos humanos e seus princípios hermenêuticos (como o *pro persona*, no capítulo 2 elucidado).

Portanto, no que tange ao controle de convencionalidade nacional, entende-se que assim como para o controle de convencionalidade internacional é útil distinguir e classificar também segundo o critério do objeto controlado as normas controladas das práticas controladas. Assim, se sustenta, e mais adiante será detalhado (capítulo 3), a possibilidade de: **(i)** Controle de convencionalidade nacional de normas estatais e **(ii)** Controle de convencionalidade nacional de práticas estatais; **(iii)** Controle de convencionalidade nacional de omissões estatais.

vs. Argentina (2011), Atala Riffo vs. Chile (2012), Furlan vs. Argentina (2012), Masacre de Rio Negro vs. Guatemala (2012), Masacre de El Mozote vs. El Salvador (2012) e Gudiel Álvarez vs. Guatemala (2012).

¹⁸⁸ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. *Revista Chilena de Derecho*, v. 45, n. 2, p. 337-361, 2018. p. 346.

Não há motivo pelo qual, como pretende respeitada parcela da doutrina especializada, diferenciar no plano nacional o controle de um pretense *exame* ou *aferição* de convencionalidade a partir do resultado invalidador de uma norma.¹⁸⁹ Primeiramente, porque nesta tese se compreende o controle de convencionalidade para além da verificação de compatibilidade puramente normativa. Em segundo lugar, porque o processo no qual há a investigação de compatibilidade de uma norma ou prática estatal com uma norma convencional por si só já é exercício de controle de convencionalidade, que ao final pode resultar na declaração de compatibilidade ou incompatibilidade do objeto controlado. Não há razão útil para diferenciar o processo de investigação de compatibilidade (pretense *exame* de convencionalidade) do resultado da investigação (pretense *controle* de convencionalidade). Sequer em sede de controle de constitucionalidade é útil diferenciar a nomenclatura do processo da nomenclatura do resultado. Por exemplo, quando STF julga ações de constitucionalidade faz *controle de constitucionalidade* mesmo quando julga improcedente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), julgando, por conseguinte, a norma constitucional. A mesma conclusão é válida para quando o STF julga Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Seja qual o for o resultado das ações constitucionais, não se diferencia o ato do julgamento do resultado da confrontação: seja qual for o resultado o STF realiza ao longo do processo a técnica de controle de constitucionalidade, com ou sem invalidação normativa. Em terceiro lugar e por fim, porque não há na construção jurisprudencial da Corte IDH diferenciação entre *aferição* ou *controle* de convencionalidade, e como se verá no capítulo 2 a distinção se presta apenas a distinguir – sem razões fortes o suficiente – as prerrogativas de apenas certos órgãos estatais para exercício da competência controladora de convencionalidade, com exclusão da maioria dos órgãos do Poder Executivo ou de outros Poderes quando exercem função administrativa.

1.1.2.3. Controle de convencionalidade quanto ao momento do exercício do controle

¹⁸⁹ Para Mazzuoli existiria uma diferença entre o controle de convencionalidade e a *aferição* de convencionalidade. No controle, haveria um exercício de compatibilização com a norma internacional. Para o autor, “*controlar* significa *retirar a validade* (e autorizar a *inaplicação*) de certa norma jurídica contrária a um tratado de direitos humanos mais benéfico.” Já na *aferição* haveria uma mera *demonstração* de inconveniência. Na competência contenciosa, a Corte IDH controlaria convencionalidade. Na competência consultiva ela *aferiria* convencionalidade por meio de suas opiniões consultivas, sem força vinculante. Na *aferição* haveria “somente uma *sugestão* consultiva de que determinada norma *deve ser tida* por inconveniente, cabendo, prioritariamente, ao Poder Judiciário do Estado em causa dar cabo à declaração de inconveniência respectiva.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 51-53).

Quanto ao momento do controle de convencionalidade, especialmente o nacional, ele poderá ser **(i)** preventivo ou **(ii)** repressivo.

(i) O controle de convencionalidade preventivo acontece *antes* da expedição da norma ou da prática contrária ao bloco de convencionalidade.¹⁹⁰ É no curso da instrução processual que se observa a contrariedade com o bloco de convencionalidade e se declara preventivamente a inconvenção, antes que o objeto controlado produza qualquer efeito. Como se verá adiante em detalhes, notadamente no que diz respeito ao controle pela função administrativa, seu efeito principal é o de gerar uma obrigação de não fazer ou um dever de abstenção.

(ii) O controle de convencionalidade repressivo acontece *após* a expedição da norma ou da prática contrária ao bloco de convencionalidade. Quando o objeto controlado é uma norma, dito controle pode acontecer diante de prescrições já eficazes ou que embora ainda não eficazes já sejam existentes e apenas estejam sujeitas ao implemento de uma condição para surtir efeitos. O controle repressivo tem como finalidade invalidar uma norma ou uma prática e evitar que surtam efeitos ou que continuem a surtir efeitos já iniciados antes da declaração de inconvenção. Adiante serão identificados em detalhes os efeitos dessa espécie de controle de convencionalidade, com atenção ao controle pela função administrativa.

1.1.2.4. Controle de convencionalidade quanto a intensidade do resultado do controle

O controle de convencionalidade pode ser classificado quanto ao grau de intensidade. A classificação foi proposta por Eduardo Ferrer Mac-Gregor e adotada em julgados da Corte IDH relatados pelo autor quando lá funcionou como juiz, como no Caso Gelman vs. Uruguai¹⁹¹ e no Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.¹⁹² O autor apresenta a tese das “intensidades” ou “graus” do controle de convencionalidade nacional (ou difuso, segundo a classificação por ele adotada), que variam conforme as competências outorgadas às autoridades públicas de diferentes Poderes de Estado e conforme o modelo de sistema de controle de *constitucionalidade* vigente em um ordenamento jurídico.

¹⁹⁰ No SIDH, o bloco de convencionalidade diz respeito ao conjunto de normas formado pela CADH e seus protocolos adicionais e a jurisprudência da própria Corte IDH, inclusive opiniões consultivas. Cf. subcapítulo 1.3.2.1.

¹⁹¹ CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Supervisão de cumprimento de sentença de 20 mar. 2013. § 99.

¹⁹² CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentença de 30 jan. 2014. § 82 e ss.

A interpretação convencionalmente adequada corresponderia a um controle fraco de convencionalidade, e a inaplicação ou declaração de invalidade corresponderiam a um controle intermediário ou forte.¹⁹³

Essa classificação é bastante frequente na bibliografia especializada, e no capítulo 2 (subcapítulo 2.3.2.2.) serão detalhados os variados graus de intensidade e discutidas as posições dos vários autores que aderem à classificação quanto ao grau de intensidade do controle de convencionalidade.

1.2. A adequação do controle de convencionalidade aos ordenamentos jurídicos internacional e nacional: a viabilidade e utilidade da técnica

Apresentada a origem, fundamentos e desenvolvimento histórico da técnica do controle de convencionalidade, bem como apresentadas suas principais características e espécies, cumpre demonstrar as principais críticas a ela dirigidas. Não são poucas as vozes que problematizam a técnica criada pela Corte IDH, com fundamentos jurídicos e não jurídicos.¹⁹⁴ Este subcapítulo apresenta os principais óbices à doutrina do controle de convencionalidade, com foco na sua espécie nacional, e busca responder as críticas a fim de demonstrar a existência, viabilidade e utilidade da técnica para garantia dos direitos humanos convencionais no âmbito interno de cada Estado, notadamente o brasileiro.

1.2.1. As críticas ao controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade é declaradamente uma criação jurisprudencial da Corte IDH a partir da interpretação de normas de DIDH. Entretanto, a adequação, coerência e utilidade do controle de convencionalidade não são unanimidade entre os estudiosos do tema. Quase 20 anos após sua primeira formulação na sentença do Caso Almonacid Arellano vs. Chile a doutrina “conta com simpatizantes e detratores que se aventuraram em uma disputa

¹⁹³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 536.

¹⁹⁴ Os direitos humanos podem ser trabalhados sob diversas perspectivas, métodos, abordagens ou ciências. Podem ser trabalhados tecnicamente, sob uma roupagem da técnica jurídico-normativa, sob a perspectiva da dogmática jurídica. Mas como registra Emerson Gabardo, mesmo sob esse viés, não se pode reduzir o aspecto dogmático à sua pureza: “A dogmática (não-dogmatista) sempre estará presente em um estatuto qualificado como ‘jurídico’, já a crítica é imprescindível em um estudo sério e original. Assim sendo, nada mais apropriado do que conjugar ambas, desfazendo, momentaneamente, a sua contradição ontológica.” (GABARDO, Emerson. Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 75-116, 1999. p. 77).

que não parece acabar.”¹⁹⁵ A partir da leitura das decisões da Corte IDH é recorrentemente dito que “a falta de uniformidade e certeza sobre os contornos e natureza do controle de convencionalidade gera interrogantes sobre a precisão e coerência de sua noção e alcances.”¹⁹⁶ As vozes críticas alegam que a Corte IDH “não é sólida na definição dos contornos teóricos da doutrina do controle de convencionalidade, mas permeada por imprecisões que persistem até as decisões mais recentes.”¹⁹⁷ Assim, o caráter errático da doutrina do controle de convencionalidade contribui para minar a autoridade e legitimidade da Corte IDH como tribunal internacional.¹⁹⁸

Castilla Juárez assinala criticamente a “adoração” que a doutrina presta ao novidadeiro controle de convencionalidade, em sua maioria, segundo o autor, sem refletir sobre seu verdadeiro alcance. Segundo ele, aquilo que chamam de doutrina do controle difuso de convencionalidade (controle nacional de convencionalidade, na classificação ora adotada) não teria bases fortes na jurisprudência da Corte IDH, que além de errática na menção da técnica pecaria por falta de clareza na sua definição e alcance. Por sua vez, os escritos acadêmicos sobre o tema se fiariam mais em trechos selecionados de julgados da Corte IDH do que na leitura integral e sistêmica dos votos.¹⁹⁹ Dividem-se em alguns principais aspectos as críticas dirigidas à criação da Corte IDH, conforme adiante detalhado.

1.2.1.1. Aspecto formal: ausência de previsão expressa da técnica em tratado

O ponto central desse primeiro aspecto da crítica da técnica é a ausência de previsão expressa em tratado internacional, tanto menos de previsão das autoridades às quais competiria o seu exercício. Os arts. 1 e 2 da CADH não preveem competência expressa e literal para invalidação de normas contrárias à Convenção. Nem mesmo era esse o sentido originário das normas, segundo Lucas Catib de Laurentiis e Felipe Grizotto Ferreira. Pelo

¹⁹⁵ FERRARI, Gisela; LÓPEZ POLETTI, Fátima. El control de convencionalidad: ¿Un punto de llegada o un camino interpretativo? Una reflexión sobre los alcances de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo**, Buenos Aires, v. 5, n. 5, 2022. p. 3.

¹⁹⁶ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 2, p. 337-361, 2018. p. 357.

¹⁹⁷ NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de; SILVA, Débora Simões. A ilegitimidade da CIDH no exercício e imposição do controle de convencionalidade. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 221-243, jan./jun. 2017. p. 227.

¹⁹⁸ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1177.

¹⁹⁹ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 54-67.

contrário, os dispositivos relegariam aos Estados o dever de garantir os direitos convencionais “de acordo com as normas constitucionais” próprias de cada Estado-parte, que não necessariamente regulam ou precisam aceitar o controle de convencionalidade. A jurisprudência internacional, por sua vez, não poderia criar uma competência para agentes públicos ou organizar um sistema de controle invalidador de normas por interpretação de normas não literais e expressas; e sequer poderia reconhecer hierarquia supraconstitucional a normas convencionais a par do que os Estados democraticamente e expressamente decidiram nas normas definidoras de competências.²⁰⁰ De maneira que o art. 1 ou o art. 2 não poderiam ser lidos e interpretados tão abertamente a ponto de justificar a adoção obrigatória do controle de convencionalidade nacional. Para Castilla Juárez, o que aquelas normas convencionais dos arts. 1 e 2 preveem são apenas “formas de coordenação e adequação para que se cumpra com a CADH.”²⁰¹

O que é mais inovador no controle de convencionalidade é a criação por um tribunal internacional de uma competência de órgãos estatais nacionais sem intermediação do próprio Estado-legislador,²⁰² proposta essa que seria exageradamente criativa e que quebraria o paradigma do Direito Internacional clássico respeitador da soberania.²⁰³ Álvaro Paul Díaz explica que sequer nos trabalhos preparatórios da CADH foi identificada a intenção de criar algo como o controle de convencionalidade, o que só teria acontecido na formulação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH) – e ainda assim sem manutenção da ideia no texto final.²⁰⁴ Nesse contexto, para Jorge Contesse o que se passa seria a usurpação, pela Corte IDH, de decisões que são constitucionais e que, por essa razão, pertenceriam ao domínio interno. O fato de os Estados terem, em sua maioria, aderido à CADH antes da criação da doutrina do controle de convencionalidade é ainda mais

²⁰⁰ LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 242-245.

²⁰¹ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 80.

²⁰² CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1170.

²⁰³ “Ao invés de encaminhar aquela mensagem na forma de uma decisão interpretativa ou uma nota à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), García Ramírez explica, a Corte criou uma doutrina legal.” (CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1173).

²⁰⁴ DÍAZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 55.

problemático, pois ratificaram o tratado sem a ciência de que se vinculariam futuramente a doutrina tão incisiva.²⁰⁵

Ainda para Castilla Juárez, os tratados de direitos humanos devem ser apenas “garantidos”²⁰⁶. Ou seja, devem ser respeitados, interpretados e aplicados por qualquer agente público, mas sem que para isso seja impositiva a utilização de uma técnica sem assento nas ordens jurídicas internas ou nas competências atribuídas aos órgãos nacionais, como é o controle de convencionalidade nacional.

A fragilidade da construção jurisprudencial e doutrinária sustentada pelo autor levou-lhe a defender o controle de convencionalidade como operação *exclusiva* da Corte IDH, única que poderia, nos termos da CADH, declarar a inconvencionalidade de atos e condutas estatais. O que para o crítico tampouco corresponderia a expulsar ou invalidar uma norma declarada inconvencional, pois no máximo a Corte IDH poderia, segundo o autor, condenar o Estado a retirar a norma inconvencional do ordenamento interno.²⁰⁷

Quer dizer, no âmbito internacional, uma norma nacional incompatível com o tratado seria analisada pela Corte IDH e, caso incompatível, seria declarada inconvencional e acarretaria na responsabilidade internacional do Estado-parte. As consequências estariam previstas na CADH: declaração de responsabilidade internacional, condenação por violação ao tratado, e, se for o caso, determinação de adequação do ordenamento.

Para Maria Angelica Benavides Casals, essa solução teria previsão expressa no art. 63 da CADH na medida em que prevê competência limitada à determinação de uma providência a ser realizada pelo próprio Estado,²⁰⁸ e não deveria gerar maiores discussões.²⁰⁹

²⁰⁵ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1177.

²⁰⁶ Castilla Juárez refuta o controle de convencionalidade para defender o que afirma ser a “garantia dos tratados”, correspondente ao cumprimento da CADH. A garantia dos tratados “é a obrigação (artigo 1.1 da CADH) de que toda autoridade vinculada com a administração da justiça de um Estado (artigo 28 da CADH) tem de assegurar *ex officio* o livre e pleno exercício dos direitos humanos, por meio da aplicação dos tratados interamericanos que integrem seu sistema jurídico nacional e da interpretação conforme aos tratados de todas as normas internas (artigo 29 da CADH), observando a jurisprudência da Corte IDH (artigo 68 da CADH) e o princípio *pro persona* (artigo 29 da CADH), a fim de que não se veja reduzido o objeto e fim de ditos tratados (artigo 1º da CADH) (...)” (CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México D.F., v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 93).

²⁰⁷ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México D.F., v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 55-75.

²⁰⁸ (CADH) “Art. 63.1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, 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.” (Grifos ausentes no original).

Já no âmbito interno dos Estados, a incompatibilidade normativa deveria ser, segundo a autora, resolvida por mero “controle de compatibilidade”. Como para ela a hierarquia dos tratados é uma escolha de cada país soberano, nos países em que os tratados não são superiores a outras normas, o critério hierárquico não pode resolver certas antinomias. Daí que em países cujas Constituições definam elas próprias como as normas de topo do ordenamento tenham como resposta às incompatibilidades normativas um dever de, no máximo, harmonização normativa.²¹⁰

A interpretação seria o método prioritário do controle de compatibilidade exigido para a harmonização, e caso ela seja impossível para resolver certa contradição, restaria (ao menos no Chile, de onde parte a análise de Casals) acionar os meios de controle de constitucionalidade de tratados existentes para resolver a incompatibilidade por declaração de nulidade de alguma das normas, se fosse o caso. A mesma conclusão valeria para o Brasil, que em parte de sua jurisprudência também adota a perspectiva de soberania constitucional e de controle de constitucionalidade de tratados de direitos humanos quanto ao seu conteúdo material.

Por essas razões, obrigar o controle de convencionalidade nacional em Estados que não o preveem de forma expressa e literal significaria, para os críticos, violar a soberania e o princípio da legalidade, na medida em que não existe uma competência legal criada pelos Poderes de Estados soberanos que autorize a técnica.²¹¹ Uma vez que Corte IDH não é um tribunal supranacional ela não poderia definir em nome dos Estados a hierarquia das normas convencionais; e portanto não poderia estabelecer jurisprudencialmente uma técnica que só o legislador interno poderia prever, por força do princípio da legalidade. Ademais, a Corte IDH ignoraria que Estados dualistas poderiam não aceitar a doutrina como explicitada.²¹²

Onde não há regra expressa não se poderia criar, por interpretação, competências inexistentes de controle. Se no controle de constitucionalidade isso é pacífico e não consistiria

²⁰⁹ CASALS, Maria Angelica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, v. 15, n. 2, p. 365-388, 2017. p. 374-375.

²¹⁰ “O operador nacional deve fazer conviver ambas as normas, fazendo-as compatíveis, mediante uma interpretação harmônica.” (CASALS, Maria Angelica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, v. 15, n. 2, p. 365-388, 2017. p. 378).

²¹¹ NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de; SILVA, Débora Simões. A ilegitimidade da CIDH no exercício e imposição do controle de convencionalidade. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 221-243, jan./jun. 2017. p. 235.

²¹² DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. *Revista de Derecho*, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 67-69.

em um problema, para o controle de convencionalidade não deveria haver solução distinta.²¹³ Apenas se um Estado o admite internamente, por meio dos veículos normativos que lhe são próprios, é que tal controle de convencionalidade poderia ser realizado, de maneira que o controle de convencionalidade seria uma escolha dos Estados que nada teria a ver com os deveres impostos atualmente pela CADH.²¹⁴ Isto é, enquanto não houvesse previsão expressa que determinasse o controle de convencionalidade nacional (seja na CADH, seja no ordenamento interno)²¹⁵, a via interpretativa seria a única maneira de harmonizar normas internacionais e nacionais em tese incompatíveis. Caso a harmonização normativa por interpretação não fosse possível em algum caso, restaria a utilização de técnicas expressamente previstas no ordenamento jurídico, como é o caso do controle de constitucionalidade.²¹⁶ Portanto, nesse aspecto formal da crítica apenas os órgãos cujo ordenamento interno possibilita expressamente a inaplicação ou expulsão de normas inconventionais é que poderiam diretamente fazê-lo, restando aos que não são dotados dessa competência a possibilidade de, no máximo, solicitar a inaplicação ou expulsão pelos mecanismos que o sistema jurídico nacional oferta tradicionalmente.²¹⁷

²¹³ “Que não todos os órgãos com funções jurisdicionais possam inaplicar ou expulsar normas que seja contrárias aos tratados interamericanos não é um problema, como tampouco é um problema na atualidade na grande maioria de casos na América que nem todos podem inaplicar ou expulsar normas contrárias à Constituição. O fundamental em todo caso é que, assim como estão obrigados a observar a Constituição e desempenhar suas funções no marco dela, se entende que na mesma medida deve haver respeito ao conjunto de tratados interamericanos de direitos humanos de que é parte seu país.” (CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 111-112).

²¹⁴ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 77/93.

²¹⁵ Atento aos problemas da doutrina e ao mesmo tempo entusiasta do controle de convencionalidade, Dulitzsky defende a alteração da CADH para prever de modo expreso a sua hierarquia normativa nos sistemas legais; defende a expressa designação na Convenção do dever de realizar controle de convencionalidade; e defende a inserção de normas no art. 51 e 68 da Convenção para determinar normativamente o caráter vinculante dos precedentes da Comissão Interamericana e da Corte IDH. Essas são alterações que, se não imprescindíveis para a construção de entendimentos e técnicas via precedentes, serviriam para a consolidação desses temas em natureza normativa e para a facilitação de aplicação dessas regras no plano interno por juízes nacionais. (DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *et al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 561-562).

²¹⁶ “Tanto as normas superiores do ordenamento (...) quanto as internacionais refletem atos, vontades políticas e jurídicas soberanas do Estado. E, portanto, devem, como primeiro objetivo, sobreviver e conviver. Esse atuar deve guiar o agente nacional cada vez que aplica ambos os ordenamentos.” (CASALS, Maria Angelica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). **Estudios Constitucionales**, v. 15, n. 2, p. 365-388, 2017. p. 383).

²¹⁷ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 93.

1.2.1.2. Aspecto hermenêutico: a Corte IDH não teria competência para criar técnica por interpretação

Segundo a Corte IDH, o controle de convencionalidade é resultado da interpretação evolutiva dos arts. 1.1 e 2 da CADH, lidos em conjunto com os arts. 26 e 27 da CVDT e à luz do art. 29 da CADH. Mas segundo Díaz, em crítica à técnica, “a inovadora interpretação da Corte é demasiada expansiva em seu alcance”.²¹⁸ Para ele, o controle de convencionalidade teria sido criado via *obiter dicta* em sentenças, o que jamais poderia vincular jurisprudencialmente Estados que não optaram expressamente por algum modelo que lhes obriga respeitar também fundamentos *dispensáveis* de uma decisão judicial.²¹⁹ Também segundo Díaz, o controle de convencionalidade seria criação da Corte IDH fora do âmbito das competências a ela reservadas por tratado, pois não há previsão do controle de convencionalidade na CADH. O art. 2 da CADH, que muitos autores sustentam ser o fundamento do controle de convencionalidade nacional, simplesmente regularia que as medidas de cumprimento dos direitos humanos serão realizadas pelos Estados conforme seus processos constitucionais, o que de acordo com Díaz deve ser lido com máxima importância, mas não tão abertamente como faz a Corte IDH. A CADH também prevê no art. 68.2²²⁰ que as medidas de implantação de condenações devem acontecer segundo a legislação de cada Estado-parte, o que lhes conferira grande dose de autonomia ignorada pelos artífices do controle de convencionalidade.²²¹ O art. 68.2 da CADH demonstraria normativamente o respeito à soberania dos Estados-membros, já que a Convenção confere ao legislador nacional e não à Corte IDH a decisão de quais os meios para cumprir internamente uma sentença condenatória internacional. Portanto, o controle de convencionalidade como técnica que obrigaria o agente público nacional a cumprir diretamente, dentro de suas competências, o comando de uma decisão internacional, não se ajustaria às normas previstas na própria CADH.²²²

²¹⁸ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 56.

²¹⁹ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 57.

²²⁰ (CADH) “Art. 68.2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

²²¹ “Por isso, causa perplexidade ver essa associação entre controle de convencionalidade e implantação doméstica de condenações.” (PAÚL, Álvaro Díaz. The emergence of a more conventional reading of the conventionality control doctrine. **Revue Générale de Droit**, v. 49, p. 275-302, fev. 2019. p. 283).

²²² DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 56-57.

Para Díaz, em mais de uma oportunidade em que manifestou suas críticas, o controle de convencionalidade como criação jurisprudencial seria problemático porque constituiria em uma produção sem bases na CADH ou outros tratados, o que é vedado pelo princípio do *extra compromissum arbiter nihil facere potest*²²³, ou “o árbitro não pode agir fora do compromisso”. A justificativa normativa do controle de convencionalidade na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT) e no princípio consolidado historicamente do *pact sunt servanda* também não convenceria os críticos. O regramento internacional que obriga respeito aos tratados pelo Estado e prevê responsabilização teria sido historicamente projetado e seria válido para o plano internacional, e não como fonte de obrigações no plano interno.²²⁴ A CVDT se aplicaria, nos termos do seu art. 1, entre Estados apenas²²⁵, o que afastaria sua aplicação por uma Corte Internacional. Por outro lado, as normas da convenção que determinam aplicação de boa-fé do tratado, independentemente das normas de direito interno, não regulariam hierarquia normativa. O art. 27²²⁶ regularia apenas a sujeição dos Estados descumpridores de um tratado à responsabilização internacional. A CVDT, portanto, não fundamentaria a interpretação de um sistema de invalidades por controle de convencionalidade.²²⁷

Segundo Casals, os Estados tendem a evitar a jurisdição internacional, o que imporia interpretar as normas de tratados com cautela, atento à sua finalidade, e respeitando seus limites textuais. Da ótica do Direito Internacional clássico, em que os principais atores são os Estados como sujeitos de direito, a jurisdição internacional é exceção,²²⁸ ao contrário do que propugna a Corte IDH.

Portanto, para o aspecto hermenêutico da crítica o art. 27 da CVDT não obrigaria os Estados adotar hierarquias privilegiadas para as normas internacionais de tratados, e esse nunca teria sido o escopo da norma, internalizada por inúmeras nações com soluções dissonantes quanto ao *status* de tratados frente às normas internas. O dever de cumprir as

²²³ DIÁZ, Álvaro Paul. The emergence of a more conventional reading of the conventionality control doctrine. *Revue Générale de Droit*, v. 49, p. 275-302, fev.2019. p. 284.

²²⁴ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *The International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1171.

²²⁵ (CVDT) “Art. 1. Âmbito da Presente Convenção. A presente Convenção aplica-se aos tratados entre Estados.”

²²⁶ (CVDT) “Art. 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

²²⁷ LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 246-247.

²²⁸ CASALS, Maria Angelica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, v. 15, n. 2, p. 365-388, 2017. p. 371-372.

sentenças condenatórias está previsto na CADH, mas dele não se poderia extrair um dever de realizar controle de convencionalidade.

Por isso, o art. 27 da CVDT teria uma finalidade ligada à responsabilidade internacional do Estado, e não a alguma obrigação de fazer prevalecer normas convencionais sobre as normas internas.²²⁹ Para Casals, “o artigo 27 não contém uma norma de *como cumprir*, senão uma norma de responsabilidade internacional derivada do descumprimento” de um tratado.²³⁰

É o mesmo entendimento de Dulitzsky, para quem o que a CVDT obrigaria seria simplesmente o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado a despeito das normas de Direito interno. O art. 27 somente evitaria a invocação de normas internas para violar um tratado, o que não guardaria relação com a hierarquia que as normas de direitos humanos deveriam ter nos ordenamentos de cada Estado. Não existiria, segundo Dulitzsky, uma obrigação internacional de reconhecer hierarquia supraconstitucional com fundamento no art. 27 da CVDT, o que de resto teria sido a opinião externalizada do Comitê de Direitos Humanos da ONU no Comentário Geral n. 31 ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.²³¹

O comentário, no que trata do art. 2.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,²³² analisa as relações entre normas domésticas e do tratado de direitos humanos no parágrafo 13 para, diante de incompatibilidades, permitir que o Estado-parte busque a compatibilização “de acordo com a sua própria estrutura constitucional doméstica”, sem exigência de que “o Pacto seja diretamente aplicável nos tribunais, por meio da incorporação do Pacto ao direito nacional.”²³³ Ou seja, sem determinar a prevalência da norma internacional na hierarquia das fontes.

²²⁹ NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de; SILVA, Débora Simões. A ilegitimidade da CIDH no exercício e imposição do controle de convencionalidade. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 221-243, jan./jun. 2017. p. 229-230.

²³⁰ CASALS, Maria Angelica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). **Estudios Constitucionales**, v. 15, n. 2, p. 365-388, 2017. p. 376.

²³¹ DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *et al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 539-540.

²³² (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos) “Art. 2. 2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.”

²³³ O parágrafo na íntegra e no original em inglês dispõe: “Article 2, paragraph 2, requires that States Parties take the necessary steps to give effect to the Covenant rights in the domestic order. It follows that, unless Covenant rights are already protected by their domestic laws or practices, States Parties are required on ratification to make such changes to domestic laws and practices as are necessary to ensure their conformity with the Covenant. Where there are inconsistencies between domestic law and the Covenant, article 2 requires that the domestic law or practice be changed to meet the standards imposed by the Covenant’s substantive guarantees. Article 2 allows

Dulitzsky também nega o art. 25 da CADH²³⁴ como tal fundamento, pois a norma se refere simplesmente a direito à tutela processual efetiva.²³⁵ Logo, não existiria a propagada obrigação de realizar o controle de convencionalidade nacional derivada de alguma interpretação normativa, tendo falhado a Corte IDH em justificar qual o fundamento jurídico da técnica.²³⁶

Para os críticos, não é sustentável defender a interpretação evolutiva da CADH como técnica hermenêutica viável para criar e ajustar os contornos do controle de convencionalidade, especialmente a espécie nacional. O que a CADH faz seria atribuir condutas e consequências diversas à violação de normas convencionais segundo o plano de processamento de um caso, internacional ou nacional. Esse seria o sentido geral das normas às quais os Estados que ratificaram a Convenção se comprometeram, e não a novas regras derivadas de súbita mudança interpretativa a partir do ano de 2006.²³⁷

E embora não fosse impossível sustentar a mutação semântica e normativa do tratado por interpretação autêntica da CADH pela Corte IDH, o que permitiria ao longo do tempo e mediante a incorporação jurisprudencial interna permitir o controle de convencionalidade nacional,²³⁸ de onde autores como Casals analisam a técnica (o Chile), isso não aconteceu até

a State Party to pursue this in accordance with its own domestic constitutional structure and accordingly does not require that the Covenant be directly applicable in the courts, by incorporation of the Covenant into national law. The Committee takes the view, however, that Covenant guarantees may receive enhanced protection in those States where the Covenant is automatically or through specific incorporation part of the domestic legal order. The Committee invites those States Parties in which the Covenant does not form part of the domestic legal order to consider incorporation of the Covenant to render it part of domestic law to facilitate full realization of Covenant rights as required by article 2.” (NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. Comentário Geral n. 31 de 26 maio 2004. Disponível em: < <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html>>. Acesso em 14 nov. 2023).

²³⁴ (CADH) “Proteção Judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-Partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.”

²³⁵ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 62-63.

²³⁶ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 81.

²³⁷ “De fato, a interpretação das normas a aplicar em um caso concreto forma parte das responsabilidades de um juiz; por outro lado, a definição dos efeitos das sentenças de um tribunal – particularmente dentro da esfera doméstica dos Estados – forma parte do âmbito de competência do legislador (neste caso, dos Estados membros da CADH).” (DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 56).

²³⁸ CASALS, Maria Angelica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). **Estudios Constitucionales**, v. 15, n. 2, p. 365-388, 2017. p. 379.

agora, haja vista a pouca adesão jurisprudencial da técnica.²³⁹ No Judiciário brasileiro tampouco há adesão significativa ao controle de convencionalidade, como atesta a pesquisa publicada em 2023 pelo Conselho Nacional de Justiça. Naquela pesquisa empírica de grande alcance da magistratura e jurisprudência nacionais, constatou-se que menos de 10% dos magistrados brasileiros aplica o controle de convencionalidade com frequência.²⁴⁰

Além disso, não se poderia falar em mutação interpretativa também porque o desenvolvimento mais aprofundado da doutrina de convencionalidade aconteceu na decisão de supervisão de cumprimento de sentença do Caso Gelman, espécie de decisão cuja força e natureza jurídica são controversas. As supervisões de cumprimento de sentença sequer estão previstas na CADH – apenas estão previstas no Regulamento da Corte IDH (art. 69.4)²⁴¹, o que as colocariam no “mais baixo nível normativo possível no sistema interamericano.”²⁴²

Os críticos priorizam a interpretação restrita e finalística das normas dos tratados internacionais, o que indicaria que a Corte IDH não poderia sustentar a criação de um tipo de controle não previsto expressamente na CADH ou em algum outro tratado, o que se entrelaça com a crítica no seu aspecto formal. O frequente receio dos Estados em aderir às jurisdições internacionais, no mais das vezes aceita apenas por protocolos facultativos ou adicionais, à luz dos princípios de Direito Internacional levaria à conclusão única de que o controle de convencionalidade não poderia existir como quer a Corte IDH.²⁴³

²³⁹ CASALS, Maria Angelica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, v. 15, n. 2, p. 365-388, 2017. p. 381.

²⁴⁰ A pesquisa empírica realizada por grupo de pesquisadores da Pontifícia Universidade Católica do Paraná analisou decisões judiciais entre 2008 e 2021, questionários enviados a todos os tribunais regionais e estaduais brasileiros e entrevistas com magistrados de primeiro e segundo grau e ministros do STJ. Os dados nela apresentados fazem prova cabal do déficit de aplicação de direitos humanos pelo Judiciário brasileiro e da pouca aplicação do controle de convencionalidade em processos judiciais. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça/ Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). *Justiça Pesquisa*, 5ª Edição. **Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro. 2023. 310p.

²⁴¹ (Regulamento da Corte IDH) “Art. 69. Supervisão de cumprimento de sentenças e outras decisões do Tribunal. 1. A supervisão das sentenças e das demais decisões da Corte realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas ou de seus representantes. A Comissão deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas ou de seus representantes. 2. A Corte poderá requerer a outras fontes de informação dados relevantes sobre o caso que permitam apreciar o cumprimento. Para os mesmos efeitos poderá também requerer as perícias e relatórios que considere oportunos. 3. Quando considere pertinente, o Tribunal poderá convocar o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o cumprimento de suas decisões e nesta escutará o parecer da Comissão. 4. Uma vez que o Tribunal conte com a informação pertinente, determinará o estado do cumprimento do decidido e emitirá as resoluções que estime pertinentes. 5. Essas disposições também se aplicam para casos não submetidos pela Comissão.”

²⁴² CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, n. 33, p. 149-172, jul./dez. 2014. p. 159.

²⁴³ CASALS, Maria Angelica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, v. 15, n. 2, p. 365-388, 2017. p. 371-373.

Para essa vertente crítica, na atual quadra histórica o ativismo da Corte IDH deveria ser freado ao menos por autocontenção, já que aquele tribunal nos últimos anos busca expandir suas competências propugnando inclusive a judicialização de direitos não expressamente previstos na CADH. Além do controle de convencionalidade, pode-se citar a sentença do Caso Nuestra Tierra vs. Argentina (2020) em que a Corte IDH reconheceu a violação aos direitos ao meio ambiente sadio²⁴⁴, alimentação adequada e à água, supostamente implícitos²⁴⁵ no art. 26 da Convenção a partir da cláusula de progressividade dos direitos sociais, econômicos e culturais.²⁴⁶

A doutrina crítica e contrária ao controle de convencionalidade constata como problemática a ampliação, pela via hermenêutica, das competências previstas na CADH. Nesse contexto, segundo Ana Maria D'Ávila Lopes, caberia ao invés de aceitar amplos poderes de interpretação à Corte IDH provocar a Assembleia da OEA e buscar reformas à CADH e outras Convenções, se pertinente. Pois quando isso se passa no plano judicial, via interpretação, acontece segundo Lopes uma deslegitimação do papel da Corte IDH. Para a autora, o ativismo recorrente da Corte IDH “poderia justificar, inclusive, a saída de um Estado do SIDH, conforme foi indiretamente alertado por cinco países em 2019, diante o forte ativismo da CIDH e da Corte IDH.”²⁴⁷ Trata-se do pleito de 11 de abril de 2019, em que Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai apresentaram perante o Secretário Executivo da Comissão IDH uma declaração questionadora de determinadas condutas e interpretações tanto da Comissão quanto da Corte IDH no que respeita as regras de funcionamento do SIDH.

Portanto, se hoje não seria possível ou sequer desejada a erradicação da doutrina do controle de convencionalidade, seria por outro lado imprescindível reposicioná-la para dar maior autoridade aos Estados soberanos para melhor decidir sobre como implementar a técnica.²⁴⁸

²⁴⁴ Cf., nesse sentido, RESENDE, Augusto César Leite de. **A tutela jurisdicional do direito humano ao meio ambiente sadio perante a Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²⁴⁵ A identificação de direitos implícitos na CADH é uma constante. No Caso Gelman, por exemplo, a Corte IDH utilizou de *combinación interconvencional* para deduzir um direito à identidade mediante combinação dos arts. 19, 3, 17, 18 e 20 da CADH combinados dispositivos da Convenção sobre Direitos da Criança. Esse e outros exemplos são explorados em BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 128.

²⁴⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A proteção do direito ao meio ambiente no caso Nuestra Tierra vs. Argentina: o ativismo da Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Justiça do Direito**, v. 34, n. 3, p. 35-57, set./dez. 2020.

²⁴⁷ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A proteção do direito ao meio ambiente no caso Nuestra Tierra vs. Argentina: o ativismo da Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Justiça do Direito**, v. 34, n. 3, p. 35-57, set./dez. 2020. p. 54.

²⁴⁸ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1169.

1.2.1.3. Aspecto normativo-regulatorio: o controle de convencionalidade fomentaria insegurança jurídica

Defender a competência de realizar controle de convencionalidade invalidador de normas (ou que permita não aplicar normas ou recusar práticas estatais) quando o sistema jurídico não o permite de forma expressa, como é o caso do Brasil atualmente, geraria incerteza e instabilidade na regulação jurídico-normativa, porque “no lugar de gerar uma proteção efetiva, poderia na verdade gerar incertezas e vazios de proteção.”²⁴⁹ Como o controle de convencionalidade não tem seu procedimento regulado, haveria um fomento ao arbítrio decisório. Afinal, as dúvidas sobre o procedimento para realizar o controle de convencionalidade, e mesmo acerca das autoridades competentes para a técnica, são problemas não solucionados pelas decisões da Corte IDH.²⁵⁰ Nesse sentido, Laurentiis e Ferreira afirmam que “o controle de convencionalidade não é só um instrumento confuso e sem fundamentação técnica; é também uma prática elitista, que pressupõe a incapacidade ou a má-fé de todo aquele que ouse discordar ou questionar uma conclusão da CIDH.”²⁵¹ Por exemplo, os magistrados quando o praticam, ainda que bem-intencionados, mais do que se apoiar na jurisprudência da Corte IDH, manifestariam suas interpretações pessoais das normas convencionais e da doutrina do controle de convencionalidade. Isso seria prejudicial, pois significaria dar preferência ao critério individual do magistrado para julgar a convencionalidade de uma norma diante de possíveis critérios já estabelecidos na jurisprudência internacional que, por força da CADH, teria precedência.²⁵² Nessa linha, a substituição do controle de constitucionalidade, regulado internamente, pelo controle de

²⁴⁹ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 111.

²⁵⁰ LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 255-257.

²⁵¹ LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 265.

²⁵² ALMEIDA, Marcelo Pereira de; BYRRO, Carolina de Carvalho. A ação popular no controle da administração pública sob o parâmetro da convencionalidade. **Conhecimento & Diversidade**, Niterói, v. 11, n. 23, p. 28-44, jan./abr. 2019. p. 36-38.

convencionalidade, não regulado, seria porta de entrada para ativismos, moralismo e arbítrio.²⁵³

Esse cenário de insegurança se agravaria na medida em que a definição e contornos do controle de convencionalidade não seriam óbvios nem mesmo para a própria Corte IDH.²⁵⁴ A doutrina do controle de convencionalidade formulada em sede internacional não seria clara, o que não daria segurança aos agentes públicos sobre como aplicá-la e causaria resistência na utilização da técnica.²⁵⁵ Para os críticos, o controle de convencionalidade geraria, portanto, insegurança jurídica.²⁵⁶

Do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, tampouco haveria razão para adotar o controle de convencionalidade nacional. Georges Abboud, Maira Bianca Scavuzzi e Ricardo Yamin Fernandes reduzem a doutrina do controle de convencionalidade a um problema terminológico, pelo menos no Direito brasileiro.²⁵⁷

Para aqueles autores, os tratados incorporados na forma do art. 5º, § 3º da CF têm hierarquia constitucional, e qualquer operação de cotejo entre suas normas e normas internas seria simplesmente uma forma de controle de constitucionalidade pura e simples, não havendo que se falar em controle de convencionalidade se as normas foram incorporadas como de natureza constitucional. Quanto aos tratados de direitos humanos incorporados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 (que incorporou o parágrafo 3º no art. 5º da Constituição), todos teriam igual *status* de norma constitucional, dada a existência de uma única forma de incorporação até aquele momento, qual seja a que levava em conta o art. 5º, § 2º da Constituição.

²⁵³ LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 255.

²⁵⁴ Segundo Castilla Juárez, em palestra proferida em agosto de 2016 pelo ex-juiz Sérgio García Ramírez o próprio desenvolvedor da doutrina confessaria a inexistência de uma “resposta suficiente, em uma escola continental ou nacional” acerca do que é o controle de convencionalidade e de como operá-lo, de modo que a doutrina seria falha pela “falta de clareza e consistência no desenvolvimento do termo *control de convencionalidad*” pela Corte IDH (CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 88-89).

²⁵⁵ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1170.

²⁵⁶ Porque não se presta a “preservar a hierarquia entre a norma controlada e o parâmetro de controle, mas sim nivelar e relativizar a função desses dois polos, do que resulta a eliminação da própria função do instrumento de controle. Desestabilizador e sem cumprir a função mais elementar dos instrumentos de controle, o conceito de convencionalidade sobrevive, enfim com o recurso de seus defensores a abstrações e conceitos morais altamente indeterminados.” (LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 250).

²⁵⁷ ABBOD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, p. 569-584, jun. 2017.

Nesse caso, de novo, haveria controle de constitucionalidade pura e simples quando houvesse alguma operação de cotejo entre normas. Essa é a posição, aliás, que levou Abboud, Scavuzzi e Fernandes a compreenderem que a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial n. 1.640.084/SP que declarou inconveniente o crime de desacato deveria ter respeitado a cláusula de reserva de plenário do art. 97 da CF.²⁵⁸

Portanto, para os que entendem que toda norma de tratado de direitos humanos tem hierarquia constitucional, o controle de convencionalidade seria no mínimo desnecessário, repleto de lacunas e problemas, porquanto o controle de constitucionalidade já serviria à “inaplicação e/ou invalidação das normas nacionais incompatíveis às normas de tratados de direitos humanos, em especial à CADH”.²⁵⁹ E para os raros problemas de antinomia de tratados de direitos humanos com a Constituição, o princípio *pro persona* do art. 29, da CADH em cotejo com o art. 4º, II da CF serviria à prevalência da norma mais favorável, tornando inoportuno o exercício errático do controle de convencionalidade no Brasil.²⁶⁰

Em outras palavras, para os críticos, o controle de convencionalidade se não gerasse insegurança jurídica seria, na melhor das hipóteses, inútil no sistema jurídico brasileiro. Primeiro, porque quando os tratados têm *status* de emenda constitucional seria suficiente o sistema de controle de constitucionalidade. Segundo, porque nos raros casos de conflitos bastaria invocar a norma mais favorável. Terceiro, porque quando se trata de incompatibilidade entre tratado com hierarquia supralégitima e lei, “o caso não envolverá a invalidação de qualquer norma, o que afasta essa técnica não só do conceito, mas também dos procedimentos de controle.”²⁶¹

Por essas razões, a noção de duplo controle constitucional e convencional seria equivocada no sistema brasileiro, pois as normas estão sujeitas sempre a múltiplos níveis de controle (por exemplo, constitucional, legal, administrativo, etc). Por outro lado, seria contraditório afirmar que uma norma é válida do ponto de vista da Constituição, mas inválida do ponto de vista de outro parâmetro. Pois uma norma inválida só poderia estar categorizada como tal: inválida. Para os críticos, portanto, a teoria do duplo controle seria enganadora.

²⁵⁸ ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, p. 569-584, jun. 2017.

²⁵⁹ NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de; SILVA, Débora Simões. A ilegitimidade da CIDH no exercício e imposição do controle de convencionalidade. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 221-243, jan./jun. 2017. p. 223.

²⁶⁰ NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de; SILVA, Débora Simões. A ilegitimidade da CIDH no exercício e imposição do controle de convencionalidade. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 221-243, jan./jun. 2017. p. 238-240.

²⁶¹ LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 264.

Apenas esconderia que se trata de uma transferência do parâmetro normativo da Constituição para os tratados. Mas isso, lembram Laurentiis e Ferreira em resgate à crítica de aspecto formal, não está definido em norma de competência alguma, pois não há norma expressa alguma que preveja hierarquia privilegiada de tratados ou de controle de convencionalidade.²⁶² Quanto aos tratados de direitos humanos sem equivalência de emenda constitucional ou norma constitucional, e que sejam de direitos humanos, bastaria atribuir hierarquia supralegal, como já faz o STF. E nesses casos, havendo incompatibilidade entre norma do tratado e norma interna, o correto seria falar em “controle de supralegalidade” tão somente, sem a necessidade de invocar a expressão “controle de convencionalidade”, sem maiores implicações no sistema brasileiro²⁶³ ou como uma novidade que mereceria atenção diferenciada.²⁶⁴

A expansão da insegurança jurídica aconteceria também em função da expansão dos sujeitos e objetos de direitos humanos positivos. As conquistas históricas e multiplicação de tratados internacionais mostram que não há limite para criação de direitos humanos, régua moral e política dos tempos atuais. O problema se agrava na medida em que é nebulosa a fronteira que marca titularidade desses mesmos direitos, que em tese podem ser estendidos, por exemplo, à natureza ou a conjuntos abstratos de bens ou empresas. Indo além, os seres humanos nesse mesmo processo acabam sendo objeto daquelas relações jurídicas, quando são tutelados ou cuidados por alguma instituição qualquer.²⁶⁵

Ademais, no que tange ao controle de convencionalidade, o maior risco é perder a segurança quanto ao parâmetro da técnica. Isto é, quanto ao que serve efetivamente de ponto de partida para verificação de adequação normativa à norma mais protetiva e prioristicamente no topo da estrutura normativa. Há quem defenda, por exemplo, que sirvam como parâmetro de controle de convencionalidade os acordos internacionais sobre tributação e bitributação, porque seriam tratados de direitos humanos, com hierarquia supralegal, já que “vinculam a

²⁶² LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 254-255.

²⁶³ ABBOD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, p. 569-584, jun. 2017.

²⁶⁴ Em 2016, quando já bem assentada a produção científica sobre o controle de convencionalidade, Castilla Juárez reconheceu que a doutrina ganhou muito espaço, e seria impossível voltar atrás para negá-la. Ainda assim, segundo essa voz bastante crítica, “*com um pouco de seriedade jurídica, bem se pode afirmar que não há nenhuma novidade de fundo*” na doutrina do controle de convencionalidade. (CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 124).

²⁶⁵ RIBEIRO, Andrey Borges Pimentel; JOO, Carlos Ugo Santander. O esvaziamento político dos direitos humanos a partir da construção do conceito de humanidade. **Hegemonia - Revista Eletrônica de Relações Internacionais do Centro Universitário Unieuro**, Brasília, n. 15, p. 17-41, 2015. p. 37.

atuação da Administração Pública, devida à utilização ou renúncia de recursos públicos, incidindo, inclusive sobre a efetivação dos direitos e garantias fundamentais e parametrizando a qualidade das políticas públicas”.²⁶⁶ Esse aspecto traduzido como normativo-regulatório serve de alimento à crítica. É criticável não só o critério para escolha da norma parâmetro de controle, mas igualmente o fato de que é difícil riscar a linha que divide um tratado comum de tributação de um suposto tratado de direitos humanos de tributação. Só uma relação de causalidade indireta ligaria a tributação aos direitos humanos, o que dificultaria a aplicação da técnica do controle de convencionalidade.

1.2.1.4. Aspecto institucional: o controle de convencionalidade ignoraria o déficit democrático das instituições internacionais

Um argumento forte contra o controle de convencionalidade estaria na revelação da ingenuidade daqueles que acreditam no potencial emancipador das instituições internacionais, notadamente as Corte Internacionais. O fato de preservarem competência para julgar conflitos graves que envolvem direitos humanos e violações estatais não necessariamente gabaritaria os tribunais internacionais, entre eles a Corte IDH, como foros de excelência e perfeição para resolverem todos os problemas sociais e jurídicos das diversas nações que acataram sua competência consultiva e contenciosa. Nesse sentido, haveria perigos em ignorar as estruturas ocultas do Direito Internacional, pois é nelas que se originam as escolhas da disciplina e nelas que estavam recolhidas as justificativas que na superfície procuram aparentar uma falsa neutralidade. A falta de uma autoridade mundial produtora das normas internacionais dá destaque ao Direito Internacional como disciplina de que carecem as Cortes Internacionais para resolução dos casos. São os acadêmicos que sistematizam e traduzem de modo coerente as decisões dessas mesmas Cortes, gerando um ciclo de criação do Direito. Para as abordagens tradicionais do Direito Internacional a essência que legitima esse papel da doutrina é a “razão”, ao mesmo tempo que alega conseguir neutralizar de paixões e sentimentos a disciplina jurídica. Além disso, o elemento “razão” objetiva e sistematiza logicamente o Direito, bem como se coloca como superior na medida em que logra afastar superstições, dogmas e preconceitos. Nessas correntes, entre tantas diferenças, é na razão que

²⁶⁶ DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019. p. 38.

os diferentes Tribunais podem estabelecer um diálogo comum.²⁶⁷ O problema reside no que o argumento da razão ignora ou esconde e no que ela, justificada *a posteriori*, legitima.

Entre os inconvenientes da justificação pela razão está ignorar tudo que não se ajuste nela. Ao invés de iluminar, o método cego acabaria por empobrecer o entendimento da realidade e minaria o pensamento crítico.²⁶⁸ Um determinado esquema conceitual proposto pela Corte IDH, embora racional, poderia terminar por invalidar modos autênticos de vida, de sociabilização, de esquemas jurídicos eficientes, estáveis e funcionais decididos pelo Estado-parte da CADH.

Nessa linha crítica, há uma denúncia de que os adeptos do controle de convencionalidade passariam ao largo de uma reflexão mais detida sobre a personificação de entidades internacionais. Esqueceriam que detrás das cortes, tribunais, organismos internacionais e comitês existem pessoas, e em troca passa-se a relatar o que eles decidiram ou deixaram de decidir.²⁶⁹

Simón Conforti, nesse sentido, lembra as críticas dos Estados da Aliança Bolivariana para os Povos de Nossa América (ALBA) ao SIDH encaminhadas nas primeiras décadas do século XXI. A análise dos discursos do então presidente do Equador, Rafael Correa, demonstra o incômodo com a multiplicação de organizações da sociedade civil como interessadas na ampliação dos mecanismos jurídicos do SIDH, assim como a influência de países hegemônicos em termos econômicos e culturais na região. O denominado “onegismo” foi criticado como a tentativa desmedida de transferir a confiança que se depositava na política à sociedade civil organizada.²⁷⁰ O então presidente do Equador também levantava como argumento o constrangimento sofrido por Estados que se viam obrigados a se defender perante a Comissão IDH, localizada nos EUA²⁷¹, país que ironicamente não ratificou a

²⁶⁷ BIANCHI, Andrea. **International Law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 23-32.

²⁶⁸ BIANCHI, Andrea. **International Law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 32-33.

²⁶⁹ “O mundo do Direito Internacional é povoado por criaturas quase mágicas. Seres humanos são as vezes conspicuamente ausentes. A ironia disso é que essas construções são feitas em nome da razão, e as ações de todas essas entidades são supostamente para serem razoáveis e fundamentadas.” (BIANCHI, Andrea. **International Law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 38).

²⁷⁰ CONFORTI, Simón. Estudio acerca del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: implicancias políticas y jurídicas. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, a. 3, n. 3, p. 25-44, 2013. p. 36-37.

²⁷¹ O insuspeito Cançado Trindade criticava e lamentava que a sede da Corte e Comissão IDH sejam em países diferentes. (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Humanos** v. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 89).

CADH.²⁷² A contradição está acompanhada da violência simbólica que ao lado das demais críticas mina a credibilidade do SIDH.²⁷³

Os próprios tribunais internacionais, por mais técnicos que possam ser, estão sujeitos à influência política das nações mais poderosas politicamente.²⁷⁴ Nesse sentir, há quem alerte para os perigos que a inventiva técnica de controle de convencionalidade traria consigo, já que a pretexto de relativizar a soberania em nome do bem comum dos povos, mais poderia servir à expansão do poder político de algumas poucas nações, “assim como a proteção internacional dos direitos humanos se revelou, algumas vezes, como uma forma velada de proteção da livre circulação de bens e mercadorias e da garantia de segurança para a acumulação do capital.”²⁷⁵ A relativização tácita da soberania de que acompanhado o controle de convencionalidade beneficiaria as grandes empresas e conglomerados multinacionais e transnacionais, e também os Estados mais poderosos em que geralmente estão sediados aqueles grandes grupos econômicos. Aos demais Estados restaria aderir à ideologia vencedora do livre-comércio, das privatizações e do Estado-mínimo, com resultados nefastos no plano socioeconômico.²⁷⁶ Do ponto de vista político-jurídico, a relativização da soberania aconteceria por um processo complexo em que as nações cederiam às pressões de toda sorte em temas importantes para o mundo todo²⁷⁷, como o do comércio, meio ambiente, terrorismo, crime internacional e direitos

²⁷² Os Estados Unidos da América aderiram à CADH, mas não depositaram o instrumento de ratificação, ou seja, não a ratificaram. (GUERRA, Sidney; LEGALE, Siddharta. Comentário ao preâmbulo. In: GUERRA, Sidney *et al.* (Org.). **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 45).

²⁷³ CONFORTI, Simón. Estudio acerca del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: implicancias políticas y jurídicas. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, a. 3, n. 3, p. 25-44, 2013. p. 37.

²⁷⁴ “Embora os juízes devam pautar seus julgamentos em critérios técnicos, jurídicos, há invariavelmente uma série de considerações políticas que são levadas em consideração pelos órgãos julgadores em tribunais internacionais. Não só por conta da necessidade de obter se cooperação dos estados, mas também para garantir a manutenção do próprio tribunal. O aspecto político permanece, mesmo com os esforços constantes em se tornar o direito internacional mais técnico e jurídico.” (ZEN, Cássio Eduardo. Desafios do Direito Criminal Internacional: entre *realpolitik* e normatividade. **Inter – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-28, 2020. p. 22).

²⁷⁵ LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 240.

²⁷⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 130-137.

²⁷⁷ O processo de integração mundial tende a beneficiar a efetividade dos direitos humanos. “Todavia, há o reverso da moeda. Assim como os direitos se solidificam nas teorias e nos tratados, a prática política neoliberal tende a não só inibir o advento de novos direitos, como achatar as garantias já conquistadas. O neoliberalismo se pretende revolucionário e modernizador, mas na realidade tem cunho notadamente reacionário e elitista, pois só poderão aproveitar-se da evolução aqueles que possuírem condições, ou seja, os ‘incluídos’.” (GABARDO, Emerson. Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 75-116, 1999. p. 99).

humanos. O que levaria à criação e participação dos Estados em instâncias supranacionais – inclusive judiciárias - responsáveis por decisões que afetam internamente a todos eles.²⁷⁸

Essas considerações envoltas à adesão irresponsável ao controle de convencionalidade propagado por uma Corte Internacional levariam inevitavelmente à questão do déficit democrático da Corte IDH, que não poderia ter criado jurisprudencialmente uma técnica tão incisiva e cujo potencial de anulação das decisões do constituinte e do legislador é incontestável. Como defesa, há quem resgate o exemplo da Corte Europeia de Justiça, que na década de 1960 foi responsável pela criação da doutrina da supremacia de suas decisões e da aplicação direta do Direito Comunitário europeu, que tal “como a doutrina do controle de convencionalidade (...) é um produto judicial sem base direta no texto de qualquer tratado.”²⁷⁹ No entanto, o grau de legitimidade para criação jurisprudencial da doutrina na comunidade europeia seria maior, já que no âmbito europeu o Direito Comunitário além de mais específico sobre regras de agricultura, comerciais, financeiras e fiscais, sua criação se dá após transferência de soberania dos Estados à Comunidade por normas editadas pelos próprios Estados. Além disso, as normas supraconstitucionais comunitárias são criadas por órgãos legislativos supranacionais, como a Comissão e o Parlamento Europeu, realidade totalmente diferente daquela em que inserida a Corte IDH na América.²⁸⁰

No âmbito da OEA não há um processo legislativo como na União Europeia. Ademais, as normas de DIDH têm natureza distinta, geralmente principiológicas e apresentadas em cláusulas abertas carentes de integração e interpretação pelos Estados signatários da CADH. Por consequência, a legitimidade de uma criação jurisprudencial como o controle de convencionalidade sofre críticas mais duras. No SIDH, Hitters recorda como principal crítica ao controle de convencionalidade a suposta violação à autonomia dos Parlamentos nacionais.²⁸¹ Ao invés de simples técnica jurídica o controle de convencionalidade seria um instrumento político que transferiria a competência decisória, antes concentrada em instâncias eleitas pela via democrática em cada Estado.²⁸² E, na linha

²⁷⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 137-143.

²⁷⁹ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1175.

²⁸⁰ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1176.

²⁸¹ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 136.

²⁸² “Esse movimento não é, nem pode ser, de soma zero, o que quer dizer que ao criar o controle de convencionalidade, a CIDH está retirando a competência e a possibilidade de escolha de outros órgãos e outras

crítica, como ressalta Daniel Sarmento, “não é compatível com a democracia qualquer concepção que atribua supremacia às normas e instituições internacionais em face das estatais, num cenário em que a esfera internacional não está organizada de forma democrática e não é minimamente responsiva à população mundial.”²⁸³

Nesse mesmo sentido é que Luis Guilherme Marinoni endossa a crítica do déficit democrático da Corte IDH. Comenta o Caso Gelman e lembra a aprovação popular em plebiscito da lei uruguaia de anistia para colocar em questão a argumentação da Corte IDH sobre a inconveniência, mesmo assim, da lei. Para Marinoni, faltou fundamentação suficiente para superar o ônus argumentativo pelo Tribunal, que de modo muito reduzido limitou-se a defender a prevalência da norma internacional internalizada frente à decisão legitimada por ampla maioria do povo uruguaio. O autor coloca em xeque a aprovação formal de um tratado frente ao que decide concretamente a população nos regimes democráticos, e busca refletir o caráter autoritário das condenações internacionais que não analisam de modo mais profundo e racional o contexto de cada legislação aprovada.²⁸⁴ Em suma, para esse aspecto institucional da crítica, calha transcrever a conclusão de Daniel Sarmento: “O povo brasileiro não tem, por exemplo, como exercer praticamente nenhum tipo de influência sobre a composição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste quadro, o *déficit democrático* das Cortes Internacionais desaconselha que elas sejam concebidas como árbitros finais e definitivos sobre a interpretação dos direitos humanos.”²⁸⁵

A falta de um sistema de contrapesos à atuação do tribunal de São José da Costa Rica, o que é derivado do desenho da relação entre os Estados e Cortes no sistema jurídico internacional, seria, portanto, um grave entrave à recepção dos produtos jurisprudenciais da Corte IDH, como é o controle de convencionalidade. Para a crítica, admitir que a Corte IDH possa criar uma técnica não prevista em tratado e que seja sempre a última intérprete da

instâncias.” (LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 265).

²⁸³ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. 2. Ed. Salvador: Jus Podium, 2020. p. 309-336. p. 331.

²⁸⁴ “O ponto, como já dito, nada tem a ver com a essência perversa dos atos praticados pelas ditaduras militares, mas sim com o questionamento da legitimidade de uma Corte, composta por homens de notável saber, para negar a legitimidade de uma decisão majoritária sem precisar se preocupar com a sua qualidade democrática, a expressar a vontade de um povo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 77-78).

²⁸⁵ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. 2. Ed. Salvador: Jus Podium, 2020. p. 309-336. p. 332.

CADH ignora que ela “não está sujeita a um sistema adequado de controles em seu dever de interpretar a CADH”.²⁸⁶ Não haveria nada como um sistema de freios e contrapesos em relação a atuação da Corte IDH, o que justificaria a preocupação dos Estados signatários da CADH e a formulação da citada declaração encaminhada em 2019 à Comissão IDH por Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai. A declaração, capitaneada pelo Chile, fez sugestões de aperfeiçoamento do SIDH.²⁸⁷ Os países pediram, em suma: a) respeito ao princípio da subsidiariedade, e que o sistema exija de fato o esgotamento dos recursos internos para aceitar casos internacionais – o que proibiria situações de aceite de casos cujos recursos internos se esgotaram *durante* a tramitação do caso na Comissão IDH; b) respeito a autonomia dos Estados para interpretarem os direitos humanos internamente segundo suas particularidades; c) respeito ao devido processo legal e a um prazo razoável de tramitação dos

²⁸⁶ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 69.

²⁸⁷ A íntegra da declaração é a seguinte: “DECLARACIÓN SOBRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay, suscriben esta Declaración, como signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (‘la Convención’): REAFIRMAN su profundo y permanente compromiso con el valor normativo de dicho instrumento, en cuanto representa el objeto del consentimiento de los Estados que dieron origen al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, y con el cumplimiento de su obligación de asegurar a todos, dentro de sus respectivas jurisdicciones, los derechos y libertades definidos en la Convención. SEÑALAN que el trabajo realizado por los órganos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (‘la Comisión’) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (‘la Corte’), han contribuido considerablemente a la protección de los derechos humanos en América. De igual forma, consideran al mecanismo de peticiones individuales como una pieza fundamental del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, y, en particular, a la institución de la solución amistosa como una herramienta de gran valor en materia de mejoramiento institucional de los Estados. Con el ánimo de perfeccionar la operatividad, funcionalidad y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, manifiestan lo siguiente: 1. Subrayan que el principio de subsidiariedad, que da sustento a los presupuestos jurídicos de admisibilidad de una petición, tiene una doble dimensión. Por un lado, supone que el Estado concernido tiene la obligación de investigar toda violación a la Convención que acontezca en su territorio, y, por el otro, que dicho Estado tiene el derecho de que su propio sistema jurisdiccional resuelva la situación antes de verse sometido a una instancia internacional. 2. Consideran que se debe respetar el legítimo espacio de autonomía del que disponen los Estados para asegurar a todas las personas sometidas a su jurisdicción, a través de sus propios procesos democráticos, los derechos y garantías consagrados en la Convención de conformidad a sus ordenamientos constitucionales. 3. Igualmente, consideran que, en el contexto de las medidas adoptadas para reducir el atraso procesal en el ámbito de la Comisión, se debe garantizar el derecho a la defensa, la seguridad jurídica y la igualdad procesal. 4. Destacan la importancia de una estricta aplicación de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del reconocimiento del margen de apreciación de los Estados en el cumplimiento de las obligaciones que establece la Convención. Asimismo, recuerdan que las resoluciones y sentencias de los órganos del sistema interamericano sólo tienen efectos para las partes del litigio. 5. Enfatizan la importancia del debido conocimiento y consideración de las realidades políticas, económicas y sociales de los Estados por parte de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En este marco, resaltan la necesidad de que las formas de reparación guarden una debida proporcionalidad y respeten tanto los ordenamientos constitucionales y jurídicos de los Estados, como las exigencias propias del Estado de Derecho. Los Estados reafirman su compromiso con la defensa y promoción de los Derechos Humanos en el continente y reconocen al Sistema Democrático y al Estado de Derecho como condiciones fundamentales para que esos derechos puedan ser efectivamente respetados y promovidos en la región.” Disponível em: <<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>>. Acesso em 14 nov. 2023.

processos internacionais, que na Comissão IDH chega a demorar aproximadamente cinco anos para analisar aspectos formais de admissibilidade; d) respeito às regras de Direito Internacional e à vinculação *inter partes* das decisões internacionais (art. 68 da CADH)²⁸⁸, e sem que sejam aplicadas normas de tratados não sujeitas à competência da Corte IDH; e) respeito às realidades nacionais para imposição de condenações de obrigações de fazer, haja vista a ignorância da Corte IDH acerca dos contextos locais, das limitações orçamentárias dos Estados e das restrições no exercício de políticas públicas muito específicas determinadas como medidas reparatórias.²⁸⁹

1.2.1.5. Aspecto da eficácia: o controle de convencionalidade não teria atingido seus propagados propósitos

A eficácia da técnica de controle de convencionalidade de 2006 a 2023 no plano estatal interno também é posta em dúvida pelos críticos.

Segundo Moreira, o México²⁹⁰ é um dos países com os contornos do controle de convencionalidade mais desenvolvido, notadamente a partir do Caso Radilla Pacheco (2009) e da reforma constitucional de 2011.²⁹¹ Mas mesmo onde a doutrina objeto da presente tese já produziu mais frutos, os críticos compreendem-na maléfica aos próprios direitos humanos. A teoria do controle de convencionalidade ao invés de auxiliar na efetivação dos direitos humanos, no México teria servido de obstáculo. Uma vez que provocou a distinção entre controle de convencionalidade e constitucionalidade, teria desautorizado a criação de um bloco de constitucionalidade integrado por direitos humanos. E, assim, teria terminado por submeter os tratados à Constituição, o que enfraqueceria o regime convencional.²⁹²

²⁸⁸ (CADH) “Artigo 68.1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

²⁸⁹ DIÁZ, Álvaro Paul. Una paradoja interamericana? Chile, um Estado que cumple las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero impulsa su reforma. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 59-85, jan./abr. 2020. p. 70-79.

²⁹⁰ Para um panorama sobre o controle de convencionalidade no México, América Central, cf. MEJÍA R., Joaquín A.; BECERRA R., José de Jesús; FLORES, Rogelio. (Coord.). **El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá**. Tegucigalpa: Casa San Ignacio/Guaymuras, 2016.

²⁹¹ MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelos tribunais latino-americanos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 582-583.

²⁹² CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. El llamado control de convencionalidad en la jurisprudencia del Poder Judicial Federal Mexicano: realidades de un mito. **Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal**, n. 1, p. 317-346, 2017. p. 339.

Apesar disso, a Corte IDH no conjunto de seus julgados incentiva, e mesmo determina controle de convencionalidade nacional como modo de enfrentar os problemas estruturais de sua atuação no plano internacional. Isso porque é humanamente impossível os 7 juízes da Corte julgarem todo caso de violação a direitos humanos denunciado, de forma que o controle de convencionalidade nacional visaria suplantar essa dificuldade e efetivar primariamente a adequação das práticas normativas estatais aos tratados de direitos humanos, especialmente a CADH. Para Contesse, todavia, em busca do enfrentamento dessas lacunas o controle de convencionalidade, na forma como divulgado pela Corte IDH, “é dificilmente a melhor solução.”²⁹³ “Significativamente, a Corte Interamericana, seguindo a trilha de García Ramírez, articula uma ferramenta *jurídica* – isto é, uma doutrina – para endereçar um problema *político*, nomeadamente a incapacidade dos Estados de cumprir com as decisões da Corte.”²⁹⁴ Como prova da ineficácia da técnica, Castilla Juárez demonstra que das 163 sentenças e resoluções em casos contenciosos entre 2006 e 2016 que investigou, só em 23,3%, ou seja, 38 sentenças, a Corte IDH teria invocado a técnica do controle de convencionalidade. Essa falta de constância nas sentenças, senão pouca importância da técnica, mostra que a Corte IDH trabalha em termos dissonantes das poucas sentenças que conclamaram as autoridades de todos os Poderes a controlarem convencionalidade.²⁹⁵

Outros estudos buscaram simplesmente encontrar menções à expressão “controle de convencionalidade” para cotejá-la com índices de cumprimento nacional das condenações impostas pela Corte IDH. Até dia 31 de dezembro de 2017 Max Silva Abbot contabilizou 227 sentenças da Corte IDH em casos contenciosos, sendo que em 68 causas haveria *menção* à expressão “controle de convencionalidade”.²⁹⁶ A partir desses números, sua constatação é que nos casos em que a Corte IDH mencionou e determinou aplicação do controle de convencionalidade não se identificaria um índice satisfatório de cumprimento das

²⁹³ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1172.

²⁹⁴ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1174.

²⁹⁵ “Nesse sentido, uma simples aplicação ou cumprimento de obrigações internacionais, como pede a Corte IDH em seu falso controle de convencionalidade, é qualquer coisa menos um autêntico controle de convencionalidade ou de tratados, nem ainda que se possa agregar o qualificativo de difuso.” (CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 97-101).

²⁹⁶ Os detalhes e explicações metodológicas a respeito de quais tipos de decisões foram analisadas constam nos anexos da pesquisa. (ABOTT, Max Silva. Es realmente viable el control de convencionalidad? **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018. p. 725).

condenações. Mesmo nos casos emblemáticos²⁹⁷ não se observaria o cumprimento total da condenação internacional. Quando se trata de sentenças de mérito, das 42 que mencionaram até 2017 o termo “controle de convencionalidade”, apenas 4,8% haviam sido integralmente cumpridas. 42,9% foram cumpridas parcialmente, 19% descumpridas e 33,3% pendentes de cumprimento. Ao expandir a amostra, levando em conta todas as 68 manifestações até 2017 que fizeram menção à expressão, apenas 7,3% haviam consolidado um cumprimento total das determinações da Corte IDH, sendo 47,1% parcialmente cumpridas, 25% descumpridas, e 20,6% pendentes de cumprimento.²⁹⁸

A partir desses dados, Abbot conclui pela inviabilidade do controle de convencionalidade, que não serviria ao seu auto-anunciado propósito de potencializar o grau de cumprimento das condenações internacionais. Por mais incisivas que as condenações da Corte IDH sejam, nada permitiria concluir que o grau de cumprimento de uma decisão internacional depende das medidas internas voluntariamente tomadas pelos Estados para lhes cumprir. Essa constatação tornaria sobretudo difícil a fiscalização e prática de controle de convencionalidade por outras funções de Estado, como a administrativa. Segundo Abbot, a verificação do controle de convencionalidade por outras funções além da jurisdicional, como quer a Corte IDH a partir do Caso Gelman e como defende a presente tese, só poderia ser fiscalizada nos casos em que sua omissão chegasse à esfera internacional, o que é raro. Logo, o controle de convencionalidade não se mostraria como a técnica primordial de invalidação de normas e práticas contrárias aos direitos humanos, como fomenta a Corte IDH, “nem tampouco permite necessariamente edificar um *ius commune* interamericano.”²⁹⁹ Em suma, se os índices mostram que no plano internacional o controle de convencionalidade não estimulou o cumprimento de condenações, muito dificilmente no plano interno onde a fiscalização de sua prática é bastante restrita ele tenderia a ser panaceia. Faltaria, segundo Abbot, “controle sobre o controle de convencionalidade.”³⁰⁰ Mas não existe órgão nacional ou internacional capaz de garantir que o controle de convencionalidade aconteça de fato, o que lhe prejudica em eficácia.

Diante de tantas dúvidas quanto aos resultados do controle de convencionalidade, e em nome do rigor científico, Laurentiis e Ferreira sugerem o balanço histórico dos ganhos que

²⁹⁷ Como Almonacid Arellano, Trabajadores Demitidos do Congreso, La Cantuta, Radilla Pacheco e Gelman.

²⁹⁸ ABBOTT, Max Silvia. Es realmente viable el control de convencionalidad? **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018. p. 727-728.

²⁹⁹ ABBOTT, Max Silvia. Es realmente viable el control de convencionalidad? **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018. p. 730.

³⁰⁰ ABBOTT, Max Silvia. Es realmente viable el control de convencionalidad? **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018. p. 731.

o controle de convencionalidade trouxe ao continente americano até o momento. Sugerem que até que esse balanço seja feito e que seja comprovado o verdadeiro benefício do emprego do controle de convencionalidade, que se dê um passo atrás e ele seja eliminado. Outros instrumentos de proteção dos direitos humanos, reconhecidos nos tratados, como os relatórios e a responsabilização internacional é que deveriam ser utilizados.³⁰¹

1.2.1.6. Síntese das críticas

Em síntese, o controle de convencionalidade nacional não seria possível da maneira como prega a Corte IDH e parte substancial dos acadêmicos que o defendem, porque: **(i)** não seria compatível com os princípios tradicionais do Direito Internacional Público; **(ii)** não teria previsão expressa e literal em tratados, e dependeria da criação e regulação voluntária de cada Estado soberano, o que até agora não foi feito no Brasil; **(iii)** não se poderia admitir uma mutação normativa da CADH tão açodada pela via jurisprudencial de um tribunal internacional com déficit democrático e que não detém competência para afetar tão incisivamente a soberania nacional, sendo ainda possível duvidar que a técnica do controle de convencionalidade estaria contida nos limites semânticos das normas do tratado; **(iv)** fomentaria a insegurança jurídica, com decisões arbitrárias por parte de agentes públicos os quais não saberiam ao certo que competência possuem para realizá-lo e sob quais limites, nem sob quais parâmetros ao certo; **(v)** não teria atingido seus propagados propósitos, pois de 2006 até agora não contribuiu para a redução de violações a direitos humanos ou cumprimento efetivo de decisões da Corte IDH; **(vi)** relativizaria a soberania a pretexto de defender os direitos humanos, mas termina por abrir as portas ao domínio econômico e político das nações mais poderosas e suas ideologias anti-desenvolvimentistas em desfavor dos países periféricos.

Diante de todos aqueles aspectos da crítica, não haveria senão como classificar o controle de convencionalidade como *falsa doutrina*, sustentado na subversão daquela atividade que é própria da Corte IDH.³⁰² Para Castilla Juárez, opositor contumaz da técnica, a defesa das interpretações abrangentes da CADH beira a má-fé e é oriunda de “criatividade acadêmica não muito bem formada em questões de Direito Internacional, parcial pela seletiva forma de se acercar aos precedentes jurisprudenciais e com fins de protagonismo (e até

³⁰¹ LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 267.

³⁰² CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano una mera aplicación del derecho internacional. **Revista Derecho del Estado**, n. 33, p. 149-172, jul./dez. 2014.

mesmo comerciais), antes do que clarificadores.”³⁰³ Sem nomeá-los, chega a acusar os artífices da teoria do controle de convencionalidade de privilegiar a promoção pessoal em detrimento da desejada efetivação dos direitos humanos para quem deles precisa.³⁰⁴ Para Laurentiis e Ferreira, o controle de convencionalidade se apresentaria, portanto, como promessa de panaceia que infantilizaria os cidadãos ao obrigarem a rezarem a cartilha da Corte IDH, sem espaço para a discussão democrática que para vários temas seriam mais complexos do que pretende fazer parecer o tribunal. Sua atuação seria antidemocrática e autoritária, “com o fim último e belo de defender a democracia imaginada pelos juízes de São José da Costa Rica.”³⁰⁵ O controle de convencionalidade seria apenas uma “figura retórica de feições técnicas que serve” ao autoritarismo e imposição de decisões da Corte IDH, às quais não se admitiria a crítica ou o dissenso.³⁰⁶

Essa postura de autoridade da Corte IDH, que imporia o controle de convencionalidade aos Estados, terminaria, ademais de tudo, por deslegitimá-la.³⁰⁷ A pretensão da Corte IDH de supostamente impor um modelo único de controle de convencionalidade pela via de declarações dotadas de uma falsa comunhão de critérios entre os países do SIDH não poderia, por isso, funcionar. Melhor funcionaria a Corte espriar o controle de convencionalidade pela autoridade de suas decisões do que pela imposição autoritária. Para a vertente crítica, quanto mais os Estados respeitassem suas decisões, e quanto mais elas fossem consistentes e profundas, mais sucesso teria o controle de convencionalidade.³⁰⁸

Não há como ignorar a força das críticas dirigidas ao controle de convencionalidade. Mesmo que fossem superadas as barreiras formais para sua implantação, especialmente em sede nacional com expressa autorização constitucional ou legal do controle de convencionalidade, ainda assim as críticas apresentadas colocam, num primeiro olhar, pelo

³⁰³ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 2, p. 53-100, 2016. p. 78.

³⁰⁴ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. El llamado control de convencionalidad en la jurisprudencia del Poder Judicial Federal Mexicano: realidades de un mito. **Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal**, n. 1, p. 317-346, 2017. p. 338-339.

³⁰⁵ LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 266.

³⁰⁶ LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 266.

³⁰⁷ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1169.

³⁰⁸ VÍTOLO, Alfredo M. Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”. **Pensamiento Constitucional**, n. 18, p. 357-380, 2013.

menos em dúvida as reais chances de atingir seus declarados propósitos. Os ganhos que a técnica traria na satisfação de direitos humanos no plano interno de cada Estado poderiam não suplantiar os custos de deslocamento da estrutura clássica do sistema de Direito Internacional Público, o que aconselharia a abandonar o emprego da – confusa – técnica ao menos até que houvesse uma alteração expressa na CADH pela Assembleia da OEA ou que o Estado soberano regulasse detalhadamente quem e como pode aplicar a técnica, e os seus limites.

1.2.2. As respostas às críticas

O objetivo do subcapítulo é contrapor respostas aos aspectos da crítica acima descritos, uma vez que a presente tese defende que apesar da força de algumas das objeções, os benefícios do controle de convencionalidade internacional e nacional superam suas dificuldades de assimilação e operacionalização. As respostas às críticas em defesa do exercício de controle de convencionalidade nacional de forma ampla por toda função de Estado serão encaminhadas sob a conjuntura normativa atual, em que no Brasil não há regulação por normas jurídicas de abrangência nacional (seja emenda constitucional, lei ou ato administrativo) que definam as competências, objetos, parâmetros e efeitos do controle de convencionalidade. Sustenta-se que a regulação aconteça, a fim de aumentar o grau de segurança jurídica para exercício da técnica. Mas diante da autoaplicabilidade dos direitos humanos e da tutela efetiva dos direitos humanos convencionais, não se pode admitir que até que haja regulação se ignore o controle de convencionalidade.

1.2.2.1. O Direito Internacional dos Direitos Humanos como disciplina autônoma e o efeito útil dos tratados

A Corte IDH fundamentou ao longo do tempo a técnica como parte de sua estratégia de ramificação do sistema de garantias de direitos humanos. Porém, é criticada pela radicalidade da criação jurisprudencial, que busca extrair do tratado um método de controle não previsto literalmente em norma alguma. A resposta mais contundente à crítica está na natureza do tratado do qual a Corte IDH retira a técnica: um tratado de direitos humanos. A criação e adesão aos tratados de direitos humanos parte da lógica de não é adequado confiar apenas aos Estados as regulações jurídicas relativas à pessoa humana. Ao firmar um tratado de direitos humanos um Estado cede “parcela de sua soberania à jurisdição de caráter

supranacional.”³⁰⁹ O conceito de “soberania representa a racionalização jurídica e a institucionalização política do poder de fato exercido sobre um determinado espaço territorial, permitindo que tal poder se transforme em um poder jurídico e diferencie aquela sociedade política das demais formas de organização e associação humanas.”³¹⁰

A definição sustentada de soberania nada tem a ver hoje com a formulação teórica dos seus vários artífices europeus desde o século XV ao menos. Se a partir do fim da Idade Média o conceito de soberania serviu para fundamentar a formação dos Estados-modernos e seu poder de império sobre dado território, as contribuições dadas por Maquiavel e Jean Bodin sobre a imprescritibilidade e perpetuidade da soberania foram bastante abrandadas desde então.³¹¹ De acordo com Teixeira, a partir da Paz de Westfália em 1648 houve a laicização das relações internacionais.³¹² Teria sido aquele tratado de 1648 que marcou o início do Direito Internacional tradicional, baseado nos princípios de territorialidade, soberania e autonomia dos Estados.³¹³ Não intervenção, igualdade e autodeterminação – inclusive para decidir a forma de Estado, a forma e o sistema de governo – são princípios originados no século XVII e na sua essência pouco alterados desde lá no campo de estudos do Direito Internacional Público.³¹⁴

O modelo westfaliano é legatário dos autores da escolástica na Espanha do século XVI, precursores de Hugo Grócio, que estabeleceram as bases do Direito Internacional e do *ius gentium*, o que fizeram a partir dos escritos sobre as relações da Colônia com os povos indígenas do Novo Mundo. Da Europa seiscentista e colonizadora é de onde partiu o vocabulário de direitos privados que funcionou como ponto de apoio para as relações internacionais. *Dominium*, contrato, propriedade são alguns deles, que permitiram a Europa

³⁰⁹ MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 470.

³¹⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 69.

³¹¹ Anderson Vichinkeski Teixeira lembra que “se sob a perspectiva filosófica temos em Maquiavel e Bodin dois referenciais ao surgimento da noção de soberania, veremos, sob a perspectiva política, ocorrer um momento de grande significância para a consolidação histórica daquele conceito quando, ao norte da Alemanha, no ano de 1648, deu-se a chamada Paz de Westphalia (...)” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 69-82).

³¹² Segundo o autor, “o reconhecimento da existência de Estados protestantes por parte da comunidade internacional significou a laicização das relações internacionais e o fim da vinculação do conceito de soberania às crenças teológicas medievais. A afirmação da expressão Estado-nação – laica por natureza – vai, também, ser uma consequência desse evento histórico, abandonando-se o uso corrente de expressões como feudos, reinos e principados.” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 83.

³¹³ KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? **The Yale Law Journal**, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2607.

³¹⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 85-86.

operacionalizar seu domínio pelo mundo e ainda funciona como mecanismo das relações globais de poder.³¹⁵ Martii Koskenniemi cita três noções de destaque, já conhecidas no Direito Romano e também no medievo cristão: *dominium*³¹⁶, *ius gentium* e *bellum istum*.³¹⁷ Os escolásticos se apropriaram desses conceitos para explicar algumas práticas do período, quais sejam, (a) a formação de comunidades políticas centralizadas (estados); (b) a formação de um sistema econômico global de trocas centrado na propriedade privada e busca do lucro; (c) a guerra, com infiéis e também com cristãos. As relações fundadas nos séculos XVI e XVII entre esses conceitos prevalecem até hoje na estruturação das práticas de Direito Internacional Público e leis globais contemporâneas.³¹⁸

Segundo Harold Hongju Koh, naqueles séculos razões éticas e filosóficas de Direito Natural explicavam a adesão das nações ao Direito Internacional, e não razões científicas ou empíricas. Assim foi até o século XVII, em que a influência positivista começou a se firmar. Benthon foi quem, em 1789, cunhou o termo “*inter-national law*”, expressando a partir de então um Direito estabelecido voluntariamente por acordo *entre* as nações soberanas.³¹⁹ “Diferentemente da tradição ética, que borrou a questão sobre se as nações deveriam ou iriam (“*should or would*”) obedecer o Direito Internacional, o desafio positivista, científico, trouxe foco à questão causal de porquê as nações obedecem.”³²⁰ Nessa linha histórica, o Direito Internacional moderno se consolidou no final do século XIX como produto do internacionalismo liberal dos anos 1860 e 1870. Foi o período em que as potências europeias atuaram como imperialistas, mediante o apoio jurídico de juristas que, assim como no século XVI, teorizaram as justificativas de uma missão civilizatória, especialmente na África. É desse período a criação do *Institut de droit international*, em 1873, em que os liberais se reuniram para discutir os princípios do Direito Internacional.³²¹ Com fundamento nessas premissas é que segundo o Direito Internacional clássico ensinado e aprendido ainda hoje vige

³¹⁵ KOSKENNIEMI, Martii. Empire and International Law: The real Spanish contribution. **University of Toronto Law Journal**, n. 61, 2011.

³¹⁶ “(...) o *dominium* é o direito de fazer uso de uma coisa conforme seu arbítrio: ‘jus utendi pro suo arbitrio.’” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 390)

³¹⁷ KOSKENNIEMI, Martii. Empire and International Law: The real Spanish contribution. **University of Toronto Law Journal**, n. 61, 2011. p. 11.

³¹⁸ KOSKENNIEMI, Martii. Empire and International Law: The real Spanish contribution. **University of Toronto Law Journal**, n. 61, 2011. p. 12.

³¹⁹ KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? **The Yale Law Journal**, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2607-2608.

³²⁰ “Uma vez postos, esses debates entre Direito Natural e positivismo, utilitarismo e kantianismo dominaram o discurso tradicional.” (KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? **The Yale Law Journal**, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2608-2610).

³²¹ KOSKENNIEMI, Martii. Empire and International Law: The real Spanish contribution. **University of Toronto Law Journal**, n. 61, 2011. p. 3.

a regra da soberania absoluta na relação entre Estados (*par in parem non habet imperium*, ou “um igual não tem poder sobre outro igual”).

Sustenta-se, no entanto, que aquela regra, no contexto do século XXI, é raiz de inúmeras incompreensões, notadamente porque na contemporaneidade “a soberania seria um conceito de elaboração metafísica que vem sofrendo deslocamentos de atribuição em virtude da necessidade de adequar-se à realidade social, cultural e jurídica dos Estados.”³²² Segundo Lima, hoje “a questão de saber em que medida essa soberania do Estado é limitável pelo Direito Internacional por ele reconhecido só pode ser respondida com base em seu próprio conteúdo, não podendo ser deduzida do conceito de soberania considerado isoladamente.”³²³

Quando no século XXI a Corte IDH atua jurisprudencialmente para criar uma técnica garantidora de direitos humanos, ela age sob lógica e fundamentos distintos daqueles explicitados pelo Direito Internacional Público entre os séculos XVI e XX. Ela age sob o pressuposto de que o Direito Internacional Público é reconfigurado em nome da priorização dos direitos humanos de todos os cidadãos do SIDH, nacionais e estrangeiros, sem qualquer tipo de discriminação. O que faz com que os princípios de Direito Internacional Público clássico e de Direito dos Tratados, cuja semente está no século XVI, não possam ser utilizados como naquele tempo para interpretação e aplicação de tratados de direitos humanos.³²⁴ O Direito Internacional Público é reconfigurado nesse âmbito como Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), com autonomia e metodologia própria.³²⁵

Os tratados de direitos humanos se originam desde outra lógica e ideologia após a Segunda Guerra Mundial, a partir de 1945. Não são firmados em favor de Estados, mas em favor dos seres humanos que vivem nos Estados. Ao contrário dos tratados comuns, não são caracterizados pela presença de interesses opostos entre Estados signatários, nem pela reciprocidade no cumprimento de obrigações. O DIDH pretende reformular o conceito de soberania, “pois não há que se falar em soberania quando o centro do sistema protetivo está no indivíduo e não no próprio Estado.”³²⁶ O DIDH em formação a partir do fim da Segunda

³²² LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 29.

³²³ LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 28-29.

³²⁴ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017. p. 126-127.

³²⁵ ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 58.

³²⁶ 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,

Guerra Mundial rompe com a noção moderna de soberania estatal, matizada pelo interesse protetivo do ser humano. O principal documento daquele ramo jurídico é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que progressivamente ganhou força vinculante e propiciou condições de ratificação de vasto número de tratados internacionais de direitos humanos.³²⁷ Muito diversamente dos tratados comuns, os tratados de direitos humanos *impõem* obrigações³²⁸ e deveres *erga omnes* aos Estados, e por isso sua lógica interpretativa é a do DIDH e não a do Direito Internacional Público clássico.³²⁹

Segundo Hitters, desde sua leitura das Opiniões Consultivas n. 3/1983 e 8/1987, os princípios hermenêuticos para tratados de direitos humanos levam em conta além da finalidade última dos tratados, três elementos fundamentais: (a) as normas do tratado interpretado; (b) o *ius cogens*; e (c) a jurisprudência da Corte IDH.³³⁰ Contemporaneamente os tribunais internacionais são instituições legítimas que restringem de algum modo a soberania dos Estados.³³¹ Nas relações entre Direito Internacional Público e Direito estatal, ignorar a incidência de normas internacionais em nome da soberania clássica já não se legitima.³³² A fonte normativa do Direito Internacional passa a ser o conjunto de seres humanos, e não mais o Estado nacional. Na ordem jurídica isso corresponde a um constitucionalismo global em que a cidadania tradicionalmente afeta ao Estado alarga-se em direção a uma cidadania global de compartilhamento de certos direitos e deveres.³³³ Atualmente, se não se pode exigir uma cidadania global, pelo menos uma cidadania regional no SIDH é sustentável,³³⁴ e o controle de convencionalidade é a técnica que pode servir de fio condutor para tanto.

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, 2016. p. 243.

³²⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 537-539.

³²⁸ SANTANO, Ana Cláudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Derechos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 77, jul./set. 2019. p. 274.

³²⁹ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017. p. 126.

³³⁰ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017. p. 133.

³³¹ SANTANO, Ana Cláudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Derechos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 77, jul./set. 2019. p. 294-295.

³³² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 133.

³³³ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano**: entre o conflito e o diálogo de jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 18-19/42.

³³⁴ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano**: entre o conflito e o diálogo de jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 42.

Bem compreendidas as raízes históricas dos sistemas de Direito Internacional e de Direito positivo, não há mais razões para no século XXI apoiar-se na noção de que os direitos humanos dependem da boa vontade dos Estados para sua aplicação; de que apenas caso seja conveniente do ponto de vista político e econômico é que os Estados aceitariam cumprir com os compromissos internacionais assumidos.³³⁵ E embora os acontecimentos globais possam direcionar conclusões contrárias, pelo menos em matéria de direitos humanos é desejável que a soberania seja de alguma maneira relativizada na contemporaneidade.³³⁶ Se a soberania é definida como “a qualidade de autodeterminação plena do poder, exercida sem condicionamentos de ordem interna ou externa”³³⁷, diante dos direitos humanos positivados em tratados ratificados há, inegavelmente, uma relativização daquela, pois há condicionamentos ao Estado de ordem externa integrados ao ordenamento interno. Mas não se pode confundir essa relativização recortada aos direitos humanos como anulação da soberania.

Ao contrário do que rasamente se supõe, a soberania não é anulada, mas reafirmada quando um Estado ratifica um tratado de direitos humanos que enseja controle de convencionalidade – porque “cada Estado escolhe livremente qual tratado irá ratificar e, em regra, por quanto tempo permanecerá como signatário do mesmo.”³³⁸ As normas convencionais de direitos humanos previstas em tratados ratificados por Estados não podem ser descumpridas sob o fundamento da soberania. Por paradoxal que seja, foi um ato de soberania aderir ao tratado e, naquela medida, abrir mão de parte da soberania em nome dos direitos humanos, pelo que não se pode invocá-la para descumprir o mesmo tratado.³³⁹

A relativização da soberania deve ser restringida, do ponto de vista jurídico, *aos direitos humanos* que o próprio Estado aceitou priorizar e que estão positivados em tratados

³³⁵ LIRA, Yulgan Tenno de Farias. O direito interno como ponto chave para a garantia do *enforcement* do Direito Internacional: controle de convencionalidade à luz do processo normativo transnacional de Harold Hongju Koh. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. v. 7. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 524.

³³⁶ “A limitação da soberania é um fato notório e legítimo. Afinal, em um mundo no qual a democracia é um processo em desenvolvimento constante e em que o relacionamento internacional tornou-se uma necessidade vital, uma soberania intransigente é, até certo ponto, irracional.” (GABARDO, Emerson. Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 75-116, 1999. p. 99).

³³⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Art. 18, *caput*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al* (Coords.). **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 701

³³⁸ DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019. p. 31.

³³⁹ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales**: el control de convencionalidad. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 23.

internalizados na forma como seus respectivos ordenamentos jurídicos preveem. Isto é, a autodeterminação e a soberania não são conceitos descartáveis ou inúteis, pois ainda constituem a parte da linguagem utilizada pelos Estados em defesa da autonomia econômica, social, cultural, científica, educacional e política, principalmente para Estados subdesenvolvidos.³⁴⁰ Adere-se, nesse aspecto, ao argumento dos integrantes do auto-denominado movimento do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICAAL).³⁴¹ Para eles, a contemporaneidade jurídica deve ultrapassar os limites da estatalidade e atribuir efetiva importância às instituições internacionais e ao Direito Internacional. Céticos das boas intenções das instituições internacionais econômicas, é em relação *aos direitos humanos* limitadamente que entendem a necessária relativização da soberania. O argumento é de que “os representantes do Icaal não advogam por uma abertura geral e sim pela salvaguarda específica dos direitos humanos, da democracia, e do estado de direito. A relevância do princípio de soberania não é questionada. Porém isso não significa que não sofra uma transformação”,³⁴² especialmente no que toca o DIDH.

Posto assim, a defesa da relativização da soberania acontece apenas no campo jurídico, transversal aos demais campos, e em matéria exclusiva de direitos humanos que o próprio Estado aceitou como vinculantes ao ratificar um tratado internacional.³⁴³ Essa proposta é que na ordem jurídica contemporânea permite compatibilizar o DIDH com os princípios ainda vigentes da soberania e não-intervenção com assento Direito Internacional Público.³⁴⁴ Assim acontece em virtude das ordens jurídicas multicêntricas em vigor na

³⁴⁰ “O modelo westfaliano é aquele que, atualmente, tem sido defendido pelos Estados que se opõem ao poder hegemônico dos Estados Unidos e à perda de soberania produzida pela globalização.” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 86).

³⁴¹ Icaal, é uma corrente doutrinária que sustenta a melhoria das condições de vida das populações da região e superação da desigualdade por meio do Direito. A utilização dos direitos fundamentais constitucionais e dos direitos humanos com sede no Direito Internacional constitui o principal material operacional dos autores filiados à corrente. Rejeita-se o conservadorismo, o liberalismo econômico e o radicalismo em direção a transformações graduais. Os autores enquadrados nessa corrente compartilham a tríade democracia, estado de direito e direitos humanos como elementos centrais da estratégia de superação da exclusão social e integração de todos nas instituições (BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015. p. 14-21).

³⁴² BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015. p. 38.

³⁴³ Segundo Piovesan, a abordagem jurídica centrada nos direitos humanos (*human rights approach*), relativizante da soberania, tem como “conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno”. (PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 120).

³⁴⁴ No caso do Brasil a conclusão é tanto mais certa em função dos princípios que regem as relações internacionais, no art. 4º da Constituição: “A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas

contemporaneidade, em que os cidadãos estão sujeitos a diversos centros emissores de normas aos quais os direitos humanos previstos em tratados internacionais são transversais.³⁴⁵ O controle de convencionalidade e o constitucionalismo regional transformador de direitos humanos compreendem o desafio de institucionalização de “um novo Direito Público marcado pela estatalidade aberta em um sistema jurídico multinível.”³⁴⁶ O projeto de um Direito mundial deve ser um projeto pluralista, que “fundamenta-se na razão como instrumento de justificação e diálogo”³⁴⁷, e que por isso se afasta de propostas planificadoras do campo jurídico, geralmente ocultadoras de interesses de dominação das potências culturais e econômicas.³⁴⁸

A partir do pensamento da francesa Mireille Delmas-Marty, Siddharta Legale apresenta reflexões sobre a internacionalização do Direito. Aponta a preocupação com um

relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente protegido. Vale dizer, surge a necessidade de interpretar os antigos conceitos de soberania estatal e não intervenção, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito** constitucional internacional. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 107).

³⁴⁵ São múltiplas as propostas de interação das diversas normas oriundas de diversas fontes produtoras de comandos jurídicos. Na tentativa de compreender o fenômeno e apresentar propostas de tratamento das múltiplas normas no cenário de relativização da soberania fala-se, por exemplo, em transjuridicidade, pluversalismo e transconstitucionalismo. A transjuridicidade representa, nesse sentido, a consideração da instância jurídica para além dos limites soberanos do Estado-nação em nome da proteção efetiva dos direitos humanos e pela via dos diálogos entre jurisdições (LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 218). A garantia dos direitos humanos e fundamentais e a limitação efetiva do poder estatal dependem da consideração, na sociedade mundial integrada atual, de mais de uma instância jurídica. Os problemas além de comuns na sociedade mundial, vão além das fronteiras estatais e merecem atenção não só de Estados, mas simultaneamente de agentes privados e quase públicos, na terminologia de Marcelo Neves. Teixeira, por sua vez, propõe a coordenação entre Estados-nações e instituições supranacionais por meio de espaços regionais de intermediação e aplicação de um direito supranacional mínimo. Proposta que chama de globalismo pluriversalista, com o objetivo de renovar o conceito de soberania diante da globalização do século XXI (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. XX-XXI). Neves, diante disso, propõem uma solução teórica multicêntrica a partir do transconstitucionalismo, conceito que, na atual quadra histórica, aponta “para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução.” (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XXII/33/121). Uma síntese da tese pode ser acessada em: NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino Americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 255-284.

³⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 138.

³⁴⁷ LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013. p. 111.

³⁴⁸ LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013. p. 111-112.

Direito mundial pluralista, que refuta posições jurídicas, econômicas e políticas hegemônicas capitaneadas por interesses privados e estatais. Um Direito que na atual configuração mundial é ainda *comum* em dois sentidos: “no sentido de que é acessível a todos, e não apenas aos especialistas e intérpretes oficiais”, e no sentido de que “é comum aos diversos Estados, sem, com isso, forçá-los a abandonar a sua identidade.”³⁴⁹ O Direito comum não se conforma com a coerência sistêmica particular ao kelsenianismo. Nega os esquemas piramidais, hierarquicamente rígidos, coercitivos e lineares. Nesse sentido, há um *pluralismo ordenado* em que as normas se relacionam de formas variadas. Se relacionam: **(a)** por hierarquias alternativas: é um modo que nega a hierarquia ou que as assume como hierarquias alternativas, sem uma referência última de validade das normas; **(b)** por inversão hierárquica: um modo de relacionamento entre sistemas hierarquizados, “que estimularão o nível inferior a participar da determinação das normas superiores, de modo a ensejar o aparecimento de hierarquias invertidas.”³⁵⁰ Esse segundo modo de relacionamento acontece, por exemplo, quando há condenação internacional de um Estado a cumprir certa obrigação, mas ao mesmo tempo lhe confere a margem de apreciação nacional para cumpri-la. Há, assim, uma conciliação normativa, “que permite, a um só tempo, aceitar a internacionalização do Direito e preservar parte da soberania dos Estados.”³⁵¹ Apesar da influência política e da incidência desigual do Direito Internacional entre os países mais e menos poderosos na arena internacional, o Direito Internacional preserva sua utilidade, ainda que de desenvolvimento de um mundo utopicamente melhor.³⁵² Ele é resignificado diante dos desafios do novo século.

Não é simples separar os campos de irradiação da soberania para relativizá-la em relação ao jurídico e não aos demais campos. Sequer é simples separar as áreas ou identificar uma clara linha divisória entre o que envolve ou não direitos humanos. Nesse sentido, de modo a contornar os efeitos deletérios da relativização da soberania em prejuízo dos países periféricos, Teixeira defende “uma expressa relativização da soberania do Estado em proveito exclusivo de instituições supranacionais capazes de transcender as vontades políticas circunstanciais das grandes potências e dar representatividade a indivíduos e países que

³⁴⁹ LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013. p. 110.

³⁵⁰ LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013. p. 120.

³⁵¹ LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013. p. 120.

³⁵² Para contornar as falhas que a influência política provoca na atuação das Corte Internacionais, Zen defende uma reforma institucional ampla, que propicie um “Passo fundamental para esta reforma é um direito internacional menos foca do nos estados e mais focado nas pessoas, nos povos.” (ZEN, Cássio Eduardo. Desafios do Direito Criminal Internacional: entre *realpolitik* e normatividade. **Inter – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-28, 2020. p. 23).

atualmente se encontram excluídos tanto do mercado internacional quanto do cenário político internacional, sob pena de que o atual processo tácito termine por descaracterizar por completo a natureza e os propósitos do Estado-nação.”³⁵³ A Corte IDH dificilmente cumpriria esse papel, mas não se pode descartar seu lugar de atuação na contemporaneidade e seu potencial para estruturação de técnicas de efetivação de direitos humanos.

No caso do Brasil há menos dúvida ainda sobre a admissibilidade da interpretação da Corte IDH sobre o controle de convencionalidade derivado da CADH. Pois mesmo se seguida a lógica hermenêutica do Direito Internacional Público clássico, ignorando o necessário DIDH, o fato é que Estado brasileiro aceitou de boa-fé firmar o Pacto de São José da Costa Rica e voluntariamente e na forma do art. 62 da CADH³⁵⁴ se vinculou à competência contenciosa interpretativa da Corte IDH de forma expressa via Decreto n. 4.463/2002.³⁵⁵ Por essas razões, para os Estados que aceitaram em declaração própria a competência interpretativa e contenciosa da Corte IDH, nem a soberania não pode servir de escudo às criações jurisprudenciais daquele tribunal.³⁵⁶

Para conviver na sociedade mundial de nações, defende-se que os países devem se sujeitar às normas internacionais limitantes de seu poder absoluto, como é o caso das normas de DIDH. Além disso, no âmbito do SIDH além de justificado na lógica hermenêutica do DIDH, o controle de convencionalidade é também justificado pela decisão autônoma dos

³⁵³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 145.

³⁵⁴ (CADH) “Artigo 62.1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.”

³⁵⁵ (Decreto n. 4.463/2002) “Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.”

³⁵⁶ “Ao ratificar a CADH como também outros Tratados sobre Direitos Humanos, o Estado, no exercício de sua potestade pública (Soberania) consentiu em limitar seu próprio poder em benefício de um bem superior ao mesmo, que é o respeito à dignidade inerente a toda pessoa humana, que se expressa no reconhecimento de Direitos Humanos ou Fundamentais, os quais se constituem como um limite ao exercício do poder estatal. Em tal sentido, isso implica reconhecer que o poder do Estado, a Soberania Estatal, se encontra limitada no seu exercício pelo respeito e garantia efetiva de tais direitos (...).” (ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 339).

próprios Estados de aderirem à competência interpretativa da Corte IDH, nos termos do art. 62 da CADH.

Não fosse isso suficiente, serve ainda de justificativa para a preservação e exercício do controle de convencionalidade sua contribuição para a efetividade dos direitos humanos previstos nos tratados.

O fundamento meta-normativo do controle de convencionalidade é o ser humano. Os direitos por ele titularizados devem ser efetivados, e não apenas enunciados em declarações solenes a serem cumpridas ao bel-prazer dos Estados e governantes. A Corte IDH ao criar e defender a fragmentação do controle de convencionalidade entre os ordenamentos jurídicos lidera a conscientização de que não basta a positivação de normas de direitos humanos em declarações e tratados internacionais na expectativa de que os Estados as cumpram segundo um modelo monista ou dualista de recepção de normas convencionais internacionais. É preciso criar mecanismos efetivos de garantia de seu respeito e aplicação das normas, e é isso que busca a doutrina do controle de convencionalidade. Assim como sem o controle de constitucionalidade a soberania constitucional sai arranhada, sem o controle de convencionalidade não haveria instrumentos de garantia da primazia jurídica dos direitos humanos convencionais.³⁵⁷ A criação do controle de convencionalidade nacional, nesse aspecto, faz parte de uma tentativa da Corte IDH de juridicizar a proteção dos direitos humanos nos países do SIDH e ao mesmo tempo manter o papel protagonista do tribunal de São José. A Corte IDH se coloca como protagonista de um processo de aproximação a sistema de precedentes típico do *Common Law* por parte dos países latino-americanos tradicionalmente filiados ao *Civil Law*.³⁵⁸

O ser humano é senhor(a) de seu tempo, de modo que a configuração atual do Direito como um sistema de direitos subjetivo é produto do individualismo moderno dos séculos XVII a XVIII.³⁵⁹ Na separação entre Direito objetivo e direito subjetivo está a justificativa da “primazia do Estado sob o indivíduo, pois será este quem determinará que direitos subjetivos terá o indivíduo, o que constitui um paradoxo, já que os direitos subjetivos apareceram

³⁵⁷ MONTENEGRO, Rigoberto González. Qué es el control de convencionalidad? Ideas introductorias en torno al control de convencionalidad. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 251.

³⁵⁸ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 48/70.

³⁵⁹ LOPES Ana Maria D'Ávila. Os direitos humanos - última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 148, p. 127-139, out./dez. 2000. p. 135/137.

originariamente para proteger o indivíduo do Estado.”³⁶⁰ Os direitos humanos, nesse cenário paradoxal, apesar de reconhecidos pelo Estado, são o último reduto de proteção contra o Estado. São eles que, da perspectiva do positivismo jurídico e da teoria dos direitos subjetivos, obrigam os Estados a não invadir a esfera de liberdades individuais e coletivas e que, além disso, obrigam os Estados a atuar positivamente pela melhoria dos padrões de vida da coletividade, especialmente dos grupos vulneráveis. Os direitos humanos cooptados pelo Estado estão aprisionados, mas não perderam sua semente de rebeldia e contraposição ao poder.³⁶¹ O controle de convencionalidade contribui, da perspectiva da dogmática jurídica, para fazer valer as propostas redentoras dos direitos humanos *apesar* das limitações impostas pelos Estados e pelo poder econômico. Em certos âmbitos, como no SIDH, a defesa do efeito útil dos tratados pode (ao menos potencialmente) reverter o quadro de inoperância das normas internacionais de direitos humanos. O controle de convencionalidade e a convencionalidade como paradigma³⁶² têm o papel essencial de igualar em importância as normas das Constituições e leis nacionais e os tratados de direitos humanos.

1.2.2.2. A atribuição dos Estados-partes de implementação do SIDH em paralelo à CIDH e à Corte IDH

É preciso ainda justificar a técnica desde a interação entre as ordens jurídicas internacional e nacionais, cujo objetivo primordial coincide: garantir e efetivar direitos humanos minimamente reconhecidos pelos Estados signatários da CADH como titularizados pelos seres humanos sob jurisdição soberana em um dado território. Desse ângulo, a razão de ser do controle de convencionalidade nacional como técnica criada pela jurisprudência está assentada na realidade institucional do SIDH.

O reconhecido déficit estrutural da Corte IDH impede a análise e julgamento de todas as petições dirigidas à Comissão IDH com denúncias sobre violações a direitos

³⁶⁰ “Admitir a teoria do direito subjetivo significa admitir um sistema ideológico determinado, o liberal-capitalista, o que seria contrário a uma teoria pura do direito.” (LOPES Ana Maria D’Ávila. Os direitos humanos - última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 148, p. 127-139, out./dez. 2000. p. 136-138).

³⁶¹ “Nesse contexto, a teoria dos direitos humanos surge como a última possibilidade de salvar a teoria do direito subjetivo, não apenas por constituir quicá o único limite ao poder político, mas por proclamar sua existência independentemente da ‘vontade’ estatal. Os problemas, porém, surgem quando se tenta fundamentá-los ou quando se percebe sua falta de eficácia, decorrente talvez pela falta, precisamente, de um poder político que os garanta.” (LOPES Ana Maria D’Ávila. Os direitos humanos - última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 148, p. 127-139, out./dez. 2000. p. 138).

³⁶² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos**. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

humanos nos Estados nacionais. Esse cenário aumenta a importância dos agentes públicos e tribunais nacionais na concretização dos direitos previstos nos inúmeros tratados ratificados.³⁶³ São milhares de petições recebidas anualmente na Comissão IDH, e só um conjunto diminuto de temas mais impactantes e abrangentes são efetivamente julgados. Entre 1997 e 2016 apenas 0,87% das 27.023 petições recebidas pela Comissão IDH resultaram em remessas à Corte IDH para processamento de denúncias de violações de direitos humanos. Apenas em 1999, 2003, 2006, 2011 e 2014 o percentual ultrapassou pouco mais que 1% dos casos (respectivamente, 1,35%, 1,43%, 1,06%, 1,39%, 1,08%).³⁶⁴ Em 2005 a Corte IDH tinha 15 advogados, 3 funcionários administrativos, 1 bibliotecário, 1 motorista e 1 segurança, num total de 26 funcionários³⁶⁵ e um orçamento anual de U\$ 1,39 milhão (5,4% do orçamento da OEA). A título de comparação, no mesmo ano de 2005, a Corte Europeia tinha 348 funcionários aproximadamente, e um orçamento de € 41 milhões (20% do orçamento do Conselho da Europa).³⁶⁶ De 2005 até 2021 não houve um acréscimo substancial de mão de obra na Corte IDH. Em 2021 a Corte IDH anunciou em seu Informe Anual que são 73 os funcionários em atuação (1 secretário, 1 secretaria-adjunta, 1 diretor jurídico, 1 diretor de administração e finanças, 15 advogados, 11 assistentes, 5 secretárias, 4 funcionários ligados à cooperação internacional, 2 ligados aos recursos humanos, 7 ligados à administração, 4 contadores, 9 da área de gestão de informação de conhecimento, 4 da área de comunicações, e 8 da área de tecnologia da informação).³⁶⁷ O número mais que dobrou, mas é inquestionavelmente insuficiente frente à crescente demanda de processos e trabalho. Destaque-se que o número de 15 advogados contratados em 2021 pela Corte IDH é o mesmo de 2005.

Os últimos dados disponíveis sobre o orçamento da Corte IDH também foram disponibilizados no Informe Anual de 2021: U\$ 8,3 milhões de dólares, sendo desse total 60,32% oriundo do Fundo Regular da OEA, 28,88% de projetos de cooperação internacional

³⁶³ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. El diálogo jurisdiccional sobre derechos humanos y el surgimiento de la red internacional de cortes constitucionales. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Arcaro (Org.). **Diálogo entre Cortes**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2016. p. 272-313. p. 289.

³⁶⁴ SANTIAGO, Alfonso; LANGE, Gardner. Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 11-57, jul./set. 2019. p. 48.

³⁶⁵ A Comissão IDH, em 2005, era composta por 45 funcionários. (HEYNS, Christof; PADILHA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 4, a. 3, p.161-169, 2006. p. 167-168).

³⁶⁶ HEYNS, Christof; PADILHA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 4, a. 3, p.161-169, 2006. p. 167-168.

³⁶⁷ CORTE IDH. Informe Anual 2021. Funcionários/as da Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2021. p. 221. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2021_informe_18.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

e 10,8% de contribuições dos Estados-parte.³⁶⁸ No mesmo informe a Corte IDH criticou a redução do orçamento para 2022 projetado pela OEA de U\$ 5,512 milhões para U\$ 5,024 milhões.³⁶⁹ Comparativamente, e para justificar a limitação de recursos que a Corte IDH enfrenta há anos, o orçamento aprovado somente para o Poder Judiciário brasileiro da União Federal para o ano de 2023 foi de R\$ 59,7 bilhões.³⁷⁰

Por outro lado, dados coletados entre 2006 e 2010 demonstram, para aquele período, um tempo médio de tramitação dos processos na Corte IDH de 17,4 meses.³⁷¹ Pode parecer célere, mas duração dos processos no SIDH é, segundo Hitters, de no mínimo 5 anos de tramitação na Comissão e na Corte IDH.³⁷² Os dados demonstram, portanto, que a Corte IDH não possui estrutura para resolver mais do que 30 a 40 casos por ano, fato que justifica a necessidade dos atores jurídicos nacionais, estatais ou não, conhecerem e aplicarem por si sós os direitos convencionais protegidos no SIDH.³⁷³ Em outras palavras, o modelo interamericano do modo como atualmente projetado não é compatível com o recebimento de muitos casos pela Corte IDH, e nesse contexto deficitário, o reconhecimento do protagonismo do controle de convencionalidade nacional foi a saída para ampliar, apesar das reconhecidas dificuldades, as garantias de direitos humanos nos Estados.³⁷⁴ Para Ramírez, nesse contexto de restrições, a Corte IDH deve funcionar apenas como tribunal de “grandes temas”.³⁷⁵

Além da falta de estrutura e orçamento para receber e julgar milhares de casos por ano, o que também levou a Corte IDH sedimentar uma teoria de competências para o controle de convencionalidade nacional foi o sistemático descumprimento das condenações impostas aos Estados membros da CADH.³⁷⁶ A dificuldade em fazer cumprir as condenações levou ao

³⁶⁸ CORTE IDH. Informe Anual 2021. Gestão Financeira. 2021. p. 147. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2021_informe_09.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

³⁶⁹ CORTE IDH. Informe Anual 2021. Gestão Financeira. 2021. p. 152. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2021_informe_09.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

³⁷⁰ CNJ. Proposta orçamentária do Poder Judiciário para 2023 é aprovada pelo CNJ. 23 set. 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/proposta-orcamentaria-do-poder-judiciario-para-2023-e-aprovada-pelo-cnj/>>. Acesso em 14 nov. 2023.

³⁷¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 544.

³⁷² HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 156.

³⁷³ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 127.

³⁷⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 124.

³⁷⁵ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 564.

³⁷⁶ Ralf Christian Michaels nota quão curioso é que enquanto os tribunais domésticos raramente recusam dar cumprimento a decisões arbitrais internacionais, o mesmo não se dá com decisões de Cortes Internacionais em matéria de Direito Público (MICHAELS, Ralf Christian. Public and Private Law in the global adjudication

desenvolvimento de uma doutrina que busca assegurar, de modo incisivo, a realização do controle de convencionalidade por todos os agentes públicos dos Estados.³⁷⁷ Isto é, a doutrina do controle de convencionalidade foi formulada também para combater o baixo grau de cumprimento de decisões da Corte IDH pelos Estados³⁷⁸, e por conseguinte como forma de evitar novas condenações internacionais por práticas internas cuja jurisprudência da Corte IDH é reiterada.³⁷⁹ A título de exemplo, em 2021 a Corte IDH monitorava 258 casos de supervisão de cumprimento de sentença nos quais havia renitência dos Estados em dar cumprimento às condenações, número alto se for considerado que no mesmo ano 40 novos casos se iniciaram.³⁸⁰

Por isso, não procede a afirmação de seria um dado pouco conhecido o descumprimento das sentenças internacionais que mencionam o controle de convencionalidade, o que segundo a crítica já seria o suficiente para reformular a teoria.³⁸¹ Os que assim concluem partem de uma falsa premissa ou recaem numa falha de inferência, porque é justamente o baixo grau de cumprimento das sentenças um dos motivos que levou a Corte IDH a projetar a doutrina do controle de convencionalidade, bastante recente e ainda sob estudo e implantação nos diversos países integrantes do SIDH, e que por isso não pode ter ainda medido seu grau de efetividade sistêmica no plano internacional a partir do número de cumprimento de sentenças concluídos.

Faltam dados que demonstrem como um controle de convencionalidade nacional pode ser mais eficiente do que aquele *determinado* pela Corte. A Corte IDH está ciente de que a técnica depende da boa vontade dos órgãos internos, no que os críticos acertam. Mas sua aposta, ousada, é fomentar o controle de convencionalidade por agentes internos, já que sabe que ela não pode, como Corte internacional, atuar em todos os casos. Não é porque não há

system: three questions to the panelists. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 18, p. 253-258, 2008. p. 255).

³⁷⁷ FRANCO, Fernanda Cristina; PETERKE, Sven. Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 80.

³⁷⁸ SIMINI, Danilo Garnica; SALA, José Blanes. O controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 363-382, 2021. p. 375.

³⁷⁹ CONTESSÉ, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1172.

³⁸⁰ CORTE IDH. Informe Anual 2021. Função Contenciosa/Supervisão de Cumprimento de Sentença. 2021. p. 32/86. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2021_informe_05.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

³⁸¹ “Portanto, poderia dizer-se que o baixo grau de cumprimento das sentenças da Corte IDH projeta uma notável sombra de dúvida sobre a doutrina do controle de convencionalidade, tanto na sua abordagem teórica como em sua aplicação prática.” (ABOTT, Max Silvia. Es realmente viable el control de convencionalidad? **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018. p. 731).

fiscalização sobre o controle de convencionalidade que se pode dizer que ele não é ou não será aplicado.

Antes que fiscalizar, o ideal é convencer, pela sua aplicação, o que implica em lhe demonstrar as vantagens, de modo que o controle de convencionalidade pode ser compreendido como o modo de efetivação do diálogo entre o sistema internacional e os sistemas nacionais de proteção de direitos humanos, perfectibilizando o SIDH. Através de seu exercício difuso no plano nacional o plano internacional é capaz de capilarizar o entendimento jurisprudencial da Corte IDH (e Comissão) nos Estados-membros.³⁸² Mais do que remediar cem por cento o baixo índice de cumprimento das condenações internacionais, o controle de convencionalidade merece exaltação por permitir uma reação concreta às deficiências estruturais enfrentadas pelos Estados em matéria de direitos humanos. Como afirma Bogdandy, “o critério de cumprimento deve dar lugar a parâmetros de avaliação mais amplos, como o impacto da Corte IDH. Isso é válido para o processo (e não apenas para o resultado) de cumprimento e para os inúmeros atores nele envolvidos.”³⁸³

Não há por ora dados que mostrem quantos casos deixaram de chegar à Corte IDH em função do exercício do controle de convencionalidade nacional. Seria muito complexa pesquisa empírica dessa natureza. Mas mesmo sem ela é possível assumir que o exercício nacional da técnica pelo menos *evitou* o processamento internacional de causas contra os Estados.

1.2.2.3. A competência e legitimidade democrática da Corte IDH para interpretar evolutivamente a CADH

Na tarefa de defesa da técnica do controle de convencionalidade, é prudente recepcionar as críticas às posturas por vezes incisivas da Corte IDH. Os tribunais são formados por atores humanos, com suas ideologias e histórias próprias que influenciam nos caminhos jurisprudenciais, como de fato influenciaram na criação da doutrina do controle de convencionalidade. Estar atento a isso deve coexistir com a recepção daquelas teses e doutrinas que, após depuradas, se mostram benéficas aos propósitos da normatividade vigente.

³⁸² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 135-136.

³⁸³ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019. p. 243.

Uma postura crítica é necessária no estudo das Cortes e do Direito Internacional. Conforme provoca Andrea Bianchi, é necessário questionar a ontologia do sistema, já que “ninguém mais se pergunta mais quem essas entidades realmente são, de onde elas retiram sua autoridade, e quais projetos elas estão realizando.”³⁸⁴ O discurso tradicional dos estudiosos de Direito Internacional ao invés de refletir criticamente sobre a prática, no mais das vezes “tende a reproduzir ou imitar o discurso oficial, sancionando a prática daqueles atores que fazem o Direito.”³⁸⁵ O Direito Internacional das cortes e organismos internacionais é em regra o Direito Internacional das abordagens tradicionais. A reprodução do discurso oficial pelos acadêmicos e vice-versa perpetua uma lógica de dominação política, uma vez que a orientação declarada válida é a deles. As opções tomadas são tornadas legítimas segundo os seus critérios de legitimação.³⁸⁶

Os limites do jurídico e não jurídico são precisamente demarcados nesse processo acadêmico/prático legitimador que se autorreproduz. Calha bem lembrar que foi só partir do século XIX que se sedimentou a noção de constituição como norma formal e hierarquicamente superior se tornou hegemônica. A ponto de, hoje, a jurisdição constitucional ser o reduto de todas as soluções para todos os problemas, e os publicistas se resignarem a interpretar normas constitucionais e decisões da jurisdição constitucional. Entretanto, conforme enfatiza Gilberto Bercovici, “O direito constitucional não é meramente técnico, mas é político, pois deve tratar da difícil relação da constituição com a política.”³⁸⁷ Por isso, aliás, não são despiciendas as oposições que a crítica faz à Corte IDH a partir de seu déficit democrático, seja na eleição de seus membros, seja na imposição de decisões a revelia do que os parlamentos decidem com esteio nas constituições nacionais.

Esse, no entanto, não é argumento suficiente para deslegitimação do papel da Corte e de suas criações jurisprudenciais. Primeiro, porque a mesma crítica pode ser dirigida aos tribunais nacionais, composto por juízes não eleitos, sem que se negue a importância institucional do Judiciário.³⁸⁸ Segundo, porque no ordenamento jurídico brasileiro houve

³⁸⁴ BIANCHI, Andrea. **International Law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 33.

³⁸⁵ BIANCHI, Andrea. **International Law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 34.

³⁸⁶ BIANCHI, Andrea. **International Law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 34.

³⁸⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 14-15.

³⁸⁸ “Embora a constitucionalização do direito internacional tenha sido conduzida eminentemente pelos tribunais e o constitucionalismo global exija mesmo o fortalecimento do *judicial review*, é improvável a criação de um ‘tribunal constitucional internacional com jurisdição obrigatória sobre questões constitucionais’, sendo exagerado se falar em um governo global de juízes. A mesma crítica presente no constitucionalismo nacional

recepção autorizada da CADH e da competência da Corte IDH na própria Constituição Federal de 1988. Foi uma decisão constitucional a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e a adesão a um tribunal internacional de direitos humanos, que o Congresso Nacional em 05 de outubro de 1988 assumiu legítimo. Invoca-se nesse sentido as lições de Siddharta Legale, assertivo ao contrapor as críticas ao suposto déficit democrático que enfrentaria a Corte IDH, pois no Brasil a opção clara do constituinte foi fundamentar a República na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), reger os princípios das relações internacionais na prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II), dispor sobre o objetivo de construir uma comunidade latino-americana de nações (art. 4º, parágrafo único) e disciplinar a hierarquia privilegiada dos direitos humanos (art. 5º, §§ 1º e 3º). Principalmente, no ADCT houve uma opção literal no art. 7º pela adesão do Brasil a um tribunal internacional de direitos humanos, o que por ora corresponde à Corte IDH, uma vez que o tribunal que se imagina seria criado pelas Nações Unidas não vingou.³⁸⁹ Essa decisão do constituinte leva a concluir que a “Corte IDH integra a jurisdição brasileira, a despeito de não constar no capítulo do Poder Judiciário de forma específica.”³⁹⁰ A tese de que a Corte IDH é integrante da jurisdição brasileira ganha força também em função do art. 46.1 da CAHD, que prevê o princípio da subsidiariedade³⁹¹, mais abaixo explorado como outro fundamento do controle de convencionalidade. Se é condicionante do processamento internacional a tramitação prévia a órgãos judiciais internos, é viável presumir que existe um sistema judiciário interno e externo integrado como uma mesma jurisdição com o poder de dizer o Direito.

Assim, afasta-se a alegação de déficit democrático do controle de convencionalidade no plano jurídico brasileiro como impedimento de acatamento dos posicionamentos da Corte IDH, já que “não faz sentido considerar a Corte Interamericana de Direitos Humanos como uma Corte externa ao Brasil, alheia à nossa jurisdição ou equiparável a uma Corte Constitucional estrangeira qualquer. (...) a Corte possui jurisdição plena e obrigatória no país

também se apresenta ao Constitucionalismo global: a falta de legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Veja-se que, se no âmbito interno a legitimidade democrática da jurisdição decorre da Constituição, que a elenca como guardião e intérprete final, no âmbito do Constitucionalismo Global a lógica é a mesma, ou seja, os instrumentos internacionais preveem órgãos de caráter jurisdicional para a sua guarda e interpretação, sendo que, ao livremente aderirem aos tratados, os Estados-partes também se sujeitam às decisões desses Tribunais.” (ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 98).

³⁸⁹ LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 492-493.

³⁹⁰ LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 494.

³⁹¹ BOSSI, Pedro Pimenta. **The past that is still present: a study on the compatibility and legitimacy of judicial decisions on the crimes of the Brazilian military dictatorship**. Cambridge: University of Cambridge, Institute of Criminology, 2019. p. 53.

integrando o sistema interamericano de proteção dos direitos, estando o Brasil sob sua jurisdição e jurisprudência.”³⁹² Nesse sentido, e ironicamente, as decisões da Corte IDH e o controle de convencionalidade por ela proposto são tão deficitários democraticamente quanto decisões internas do Poder Judiciário brasileiro e suas inovações jurídicas.

Não fosse a opção do constituinte brasileiro, o déficit democrático das Corte Internacionais tem basicamente dois contrapesos: **(i)** a finalidade última da instituição de um tribunal internacional, responsável pela preservação de garantias mínimas aos indivíduos *contra* o Estado; **(ii)** a estruturação de um processo adjudicatório motivado, procedimentalizado, público, e que respeita regras pré-determinadas.³⁹³ Esses dois contrapesos tendem a harmonizar a atuação da Corte IDH com as decisões dos poderes internos constituídos, numa perspectiva que, como já ressaltada, deve ser dialogante. Como se verá na sequência, no capítulo 3, há ocasiões em que decisões da Corte IDH podem ser afastadas, inclusive no exercício do controle de convencionalidade, pois não há “vinculação cega à jurisprudência da Corte Interamericana”, senão um dever conjunto dos planos nacionais e internacional de “guardar a CADH”.³⁹⁴ Há, ademais disso, a possibilidade de encerramento da adesão nacional a um tratado internacional e à competência da Corte IDH, o que se dá – não sem discussões e oposições de ordem teórica e prática – pelo instituto da denúncia.

Direitos de alta hierarquia sujeita as maiorias parlamentares não só aos direitos fundamentais previstos na Constituição, mas também aos direitos humanos de sede internacional, “de muito difícil derrogação.”³⁹⁵ Se o país não aceita a ineficácia da norma nacional contrária a um tratado de direitos humanos, resta-lhe denunciar o tratado internacional. Quanto ao controle de convencionalidade, os Estados que não aceitam a técnica criada pela Corte IDH podem, em tese, denunciar o Pacto de São José e sair do SIDH. É o que Sagüés chama de “saída honrosa”.³⁹⁶

O Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela, com fundamento na supremacia da Constituição nacional, no princípio da não intervenção e na soberania, declarou inexecutáveis

³⁹² LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 494.

³⁹³ RESENDE, Ranieri Lima. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter? **Northwestern Journal of Human Rights**, Chicago, v. 17, n. 1, p. 25-50, 2019. p. 34.

³⁹⁴ LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 491.

³⁹⁵ PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017. p. 1395.

³⁹⁶ SAGUES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 125.

as condenações da Corte IDH. E sugeriu a denúncia da CADH pelo Estado, o que acabou acontecendo em 2012 por comunicação da Presidência ao Secretário Geral da OEA. Há quem do ponto de vista interno defenda que a denúncia violou cláusulas constitucionais venezuelanas que obrigariam a priorização dos direitos humanos, a progressividade como norma, e que determinariam a hierarquia constitucional da própria CADH. Só uma reforma constitucional, nesse sentido, poderia ensejar a denúncia válida da Convenção pela Venezuela e a separação do SIDH. De qualquer modo, da perspectiva internacional a denúncia foi válida, e foi confirmada pela OEA após um ano.³⁹⁷ O exemplo Venezuelano mostra que a saída do SIDH e desvinculação da CADH, mesmo que possível, resguarda dificuldades jurídicas e políticas polêmicas, as vezes incontornáveis.³⁹⁸

Agustín Gordillo opina desde o ordenamento jurídico argentino sobre a denúncia à CADH, de onde ressalta que o sistema refuta a revogação ou retirada das normas internacionais internalizadas com hierarquia constitucional. Para ele os direitos humanos apenas admitem ampliação, nunca supressão. Os direitos humanos possuem uma característica de progressividade quantitativa e qualitativa que desautoriza ignorá-los por mera conveniência política passageira.³⁹⁹ No ordenamento jurídico brasileiro, parte da doutrina brasileira segue a posição similar à de Gordillo e nega a possibilidade de denúncia de certos tratados internacionais de direitos humanos.⁴⁰⁰ Para uns, só quando um tratado é incorporado na forma do art. 5º, § 3º da CF é que não poderia ser denunciado, pois se tornaria norma formalmente constitucional e passaria a integrar o rol de cláusulas pétreas.⁴⁰¹ Para

³⁹⁷ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad como expresión de control de constitucionalidad: originalidade y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-138, set./dez. 2015. p. 161-163.

³⁹⁸ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. VI-20-21.

³⁹⁹ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. VI-21.

⁴⁰⁰ Sgarbossa classifica os tratados de direitos humanos internalizados com hierarquia constitucional, o que acarretaria a seu ver em “imodificabilidade que lhes é conferido pelo inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição da República, pelo que se lhes reputa (...) indenunciáveis (ao menos *in pejus*). Ainda que se entendesse possível a denúncia de tais tratados no âmbito do Direito Internacional, reputa-se aqui, ainda, plenamente vigentes no âmbito interno e em relação aos titulares dos direitos ali consagrados, a despeito da denúncia porventura operada, em virtude da aderência de tais direitos ao rol constitucional, excepcionada tão-somente aquela situação em que outros dispositivos em vigor confirmam proteção mais ampla ou, ao menos, equivalente à do instrumento denunciado.” (SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes: interpretação jusfundamental ‘pro homine’**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2008. p. 28. Nota 36).

⁴⁰¹ É a posição de PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 149-152. Nessa mesma linha, Mazuolli possui uma posição peculiar sobre o tema. Entende que uma vez internalizado na forma do art. 5º, § 3º da CF o tratado não pode ser denunciado. Caso o Presidente pretenda denunciar o tratado, sob quaisquer dos procedimentos, poderá ser processado por crime de responsabilidade por crime contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais (art. 85, III da CF). E caso por algum motivo aconteça a denúncia, ela deverá ser declarada ineficaz por quem de dever. Já em relação aos tratados não internalizados por quórum especial, como a CADH, a denúncia de tratados internalizados com

outros, todos os tratados de direitos humanos incorporados não estariam sujeitos à denúncia, inclusive os aprovados apenas por maioria simples pelo Congresso Nacional. Todos eles constituiriam limites ao poder constituinte reformador. Por serem materialmente constitucionais, por força do art. 5º, § 2º da CF, não poderiam ser abolidos por emenda constitucional, nem tendencialmente.⁴⁰²

No Brasil há polêmica ainda sobre como formalizar a denúncia de tratado. Nos termos previstos no respectivo tratado, cabe ao Presidente da República a prerrogativa de denunciar uma convenção (art. 84, VII e VIII da CF).⁴⁰³ Mas não é pacífico se a denúncia pode ser realizada unilateralmente pelo Presidente, ou se depende de projeto de denúncia a ser aprovado pelo Congresso Nacional (por iniciativa do Presidente ou de congressistas).

Para Gomes, não haveria necessidade de prévia aprovação do Congresso para denúncia, pois não haveria disposição constitucional expressa nesse sentido, ao passo que o art. 84, VII garante ao Presidente a prerrogativa de manter relações com estados estrangeiros.⁴⁰⁴

Por outro lado, Mazzuoli entende necessária a aprovação congressional para a denúncia, haja vista a necessária paridade de critérios de internalização e exclusão. Mas reconhece que a prática brasileira, “a *denúncia* de tratado ainda continua sendo ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo, tão somente.”⁴⁰⁵

A posição de Valerio Mazzuoli é a mais adequada, pois o paralelismo das formas para denúncia de tratado é a única solução que respeita a norma constitucional que atribui ao Congresso Nacional palavra final a respeito de tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (“resolver definitivamente sobre tratados”,

quórum simples seria possível, e sequer acarretaria a responsabilização do Presidente por crime de responsabilidade. No entanto, uma vez que para Mazzuoli eles têm *status* material de norma constitucional, desde que internalizados eles também são cláusulas pétreas. Assim, embora a denúncia seja possível no plano internacional, mesmo assim ela é “totalmente *ineficaz* sob o aspecto prático, uma vez que os *efeitos* do tratado denunciado se mantêm em nosso ordenamento jurídico, pelo fato de serem eles cláusulas pétreas do texto constitucional.” Nesse caso é apenas no plano internacional que o tratado desobriga o Estado uma vez denunciado. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 105-109).

⁴⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 96/105-109.

⁴⁰³ (Constituição Federal) “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”

⁴⁰⁴ GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 70-71.

⁴⁰⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 107.

segundo o art. 49, I da CF).⁴⁰⁶ Se os representantes eletivos do povo escolheram incorporar o tratado, os representantes eleitos do povo devem escolher retirá-lo do ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁰⁷

A questão esteve em julgamento por mais de 25 anos no STF na ADC 39 e ADI 1.625, que discutiu a constitucionalidade da denúncia à Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, realizada pelo Decreto Presidencial n. 2.100/1996. Em 03 de novembro de 2022 o Min. Dias Toffoli proferiu seu voto para julgar improcedente a ação a manter a validade do decreto presidencial, sugerindo, todavia, a declaração de inconstitucionalidade com eficácia prospectiva para condicionar a validade da denúncia de tratados à aprovação do Congresso Nacional. Foi essa a posição que prevaleceu em julgamento finalizado em 25 de maio de 2023, e hoje o posicionamento é de que a denúncia de tratados internacionais depende de aprovação congressional para que produza efeitos internamente.⁴⁰⁸

Portanto, a posição que prevaleceu, correta, é de que a denúncia unilateral pela Presidência de República é insuficiente para que opere efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Para que isso ocorra, é necessário também que o Congresso Nacional se pronuncie favoravelmente à denúncia. É possível, alternativamente, que a denúncia acontece diretamente por lei editada pelo Legislativo para determinar a denúncia pela Presidência.⁴⁰⁹

No que diz respeito ao controle de convencionalidade, enquanto o Brasil não denunciar a CADH ou não revogar o decreto de declaração de aceitação da competência interpretativa e contenciosa da Corte IDH em matéria de direitos humanos convencionais, não há argumento suficiente para negá-lo no plano interno.

O país se vincula à criação jurisprudencial da Corte IDH que acolhe uma técnica de prevalência dos direitos humanos mais benéficos ou menos restritivos, e ao mesmo tempo garante a efetivação de normas às quais o Brasil se comprometeu expressamente cumprir sem que possa opor seu ordenamento jurídico como obstáculo.

⁴⁰⁶ (Constituição Federal) “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.”

⁴⁰⁷ “Em suma, não basta que um direito seja componente formal da constituição, tem que ser reconhecido como tal por um sentimento coletivo advindo da sociedade nacional. Os direitos humanos não podem surgir mediante imposições de ordens políticas superiores, bem como não podem ser retirados sem um aval social para tanto. Eles devem nascer e, se for o caso, morrer, dentro do grupo social a ser considerado.” (GABARDO, Emerson. Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 75-116, 1999. p. 96).

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625. Plenário. Relator Min. Mauricio Correa. Julgamento em 26 maio 2023. Ata da sessão publicada em 07 jun. 2023.

⁴⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 401.

Entende-se que o país, todavia, pode denunciar a CADH ou mesmo revogar o decreto de aceitação de competência da Corte IDH, mediante utilização dos mecanismos convencionais próprios. Essa desvinculação do SIDH eximiria o Brasil de condenações internacionais futuras, o que viria acompanhado de alto custo político, a exemplo do que sofre a Venezuela desde 2012.

Entretanto, a escolha legítima do Congresso Nacional não surtiria efeitos internos, pois a cláusula de abertura do art. 5º, § 2º da CF fez integrar como cláusula pétrea todos os direitos humanos convencionais em 1992, ano de ratificação da CADH, e o art. 7º do ADCT obriga a adesão à Corte IDH. Desse modo, no paradigma da Constituição de 1988 e enquanto ela viger⁴¹⁰, o controle de convencionalidade é técnica inescusável e que decorre logicamente dos arts. 1, 2 e 29 da CADH.

O espaço de manobra estatal está na margem que sua soberania lhe concede para regular a técnica, via emenda constitucional, lei ou ato administrativo. Enquanto isso não ocorre, cumpre dar ao controle de convencionalidade a mais ampla efetividade para fazer valer as escolhas constitucionais legítimas de priorização dos direitos humanos. Ou seja, nesta tese entende-se que a denúncia de um tratado é sempre válida do ponto de vista internacional, sob pena de anular a soberania estatal ao invés de simplesmente relativizá-la, posição essa acima explicada.

Se um Estado não pudesse denunciar um tratado, sua soberania seria esvaziada. Já no plano jurídico interno, entende-se que a denúncia não opera efeitos se o tratado de direitos humanos foi ratificado, seja após aprovação por quórum simples, seja após aprovação por quórum qualificado pelo Congresso Nacional. Isto é, o tratado de direitos humanos incorporado na forma do art. 5º, § 2º ou art. 5º, § 3º da CF opera como cláusula pétrea, não sujeito à abolição. É uma escolha que torna paradoxal a inserção do art. 5º, § 3º da CF pela EC 45/2004, porém é que melhor se ajusta à interpretação *pro persona* que guia a leitura das normas convencionais.

⁴¹⁰ “A atual concepção de constituição e de constitucionalismo é fruto do século XVIII, não é anterior. (...) O constitucionalismo diz respeito às circunstâncias históricas europeias e ocidentais.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 15). Com a consolidação do constitucionalismo no século XX e sua teorização bem-acabada no século XX, por mais que Kelsen teorize a Constituição a-histórica em nome da ordem e da paz pelo Estado, é a democracia no procedimento e na sua manifestação material, no povo, que legitima a constituição como norma para um modelo de Estado. Daí a centralidade, para Bercovici, do poder constituinte. Não são abstrações, como por exemplo a norma hipotética fundamental, que fundam e legitimam a Constituição, mas sim “uma força política real”. O que supõe inverter a propaganda lógica da soberania constitucional pela soberania do povo: “Afirmar a soberania da constituição é falsear a titularidade democrática da soberania, substituindo a soberania do povo pela soberania do direito.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 15-23).

Além de integrar a jurisdição brasileira, apesar de não haver regra expressa e literal na CADH, se infere do sistema processual do SIDH que a Corte IDH é o único órgão com competência jurisdicional no sistema regional. Por isso, “como todo corpo com funções jurisdicionais, tem o poder inerente a suas atribuições de determinar o alcance de sua própria competência, já que o reconhecimento da mesma pelo Estado pressupõe a admissão do direito do Tribunal resolver qualquer controvérsia relativa a sua jurisdição, de acordo com o disposto no art. 62.1 da Convenção Americana.”⁴¹¹ Deixar que os Estados decidam em lugar da Corte sobre qual a sua competência em matéria de direitos humanos previstos nos tratados sob sua proteção seria negar a lógica do sistema jurisdicional internacional regional prevista na CADH.⁴¹² Quando firmam tratados de direitos humanos, os Estados renunciam parte de sua soberania em favor do SIDH,⁴¹³ e por isso estão sujeitos à definição de técnicas que visam a garantia dos direitos interpretados pela Corte IDH.

A doutrina da norma mais favorável à pessoa humana e o compartilhamento de normas de DIDH faz a distinção entre monistas e dualistas perder a utilidade.⁴¹⁴ Já não cabe mais falar em teoria monista ou teoria dualista, cujas premissas estão superadas. Como lembra Siddharta Legale, é preciso “superar a velha dicotomia e disputa entre o monismo e dualismo para pensar formas de coexistência e interação entre a justiça nacional e internacional para construir um sistema interamericano mais protetivo aos direitos humanos fundamentais.”⁴¹⁵ Como ressaltou mais de uma vez Cançado Trindade, o que importa no contexto contemporâneo do DIDH na análise da interação entre as normas nacionais e internacionais é a norma mais favorável ao ser humano.⁴¹⁶

Nesse paradigma, em prol dos seres humanos faz sentido aceitar a atitude criadora e mutativa das convenções se as interpretações que se dão às normas permitem um patamar mais protetivo aos seres humanos em relação com o Estado. Ao criar jurisprudencialmente a

⁴¹¹ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017. p. 128.

⁴¹² HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017. p. 128.

⁴¹³ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017. p. 138.

⁴¹⁴ LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 23.

⁴¹⁵ LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 83.

⁴¹⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: FIX-ZAMUDIO, Hector. **México y las declaraciones de derechos humanos**. Cidade do México: UNAM, 1999. p. 45.

técnica do controle de convencionalidade nacional a Corte IDH via interpretação dinâmica e evolutiva⁴¹⁷ realizou uma interpretação mutativa por adição⁴¹⁸ ao Pacto de São José, que não prevê em cláusula expressa o controle de convencionalidade.⁴¹⁹ Defende-se que dita técnica da interpretação mutativa por adição da CADH é legitimamente utilizada pela Corte IDH, pois ela através de seus juízes indicados pelos Estados-parte e votados pela Assembleia da OEA é intérprete oficial do pacto⁴²⁰ segundo o art. 62.3 da CADH.⁴²¹ O texto da convenção se manteve, mas a Corte IDH lhe adicionou sentido não previsto originalmente no contexto de edição das normas.⁴²²

Ao contrário do que as críticas reverberam, a ausência de uma norma expressa e literal não é um empecilho à criação de uma competência controladora estatal. Um exemplo serve de analogia. Quando os tribunais judiciais decidem por um grau maior de controle sobre as decisões administrativas buscam, em regra, legitimar seu controle sob o fundamento da “intenção do legislador”, e fazem isso interpretando a legislação para encontrar supostas mensagens ocultas nas quais o Poder Legislativo teria gravado a competência decisória do Judiciário.⁴²³ A partir de pesquisa jurisprudencial, Eduardo Jordão identifica a artificialidade desse recurso de construção das competências controladoras nacionais. A menção à vontade do legislador, em regra, é retórica e camufla simplesmente uma tomada de decisão de um Poder de Estado, do Judiciário – que busca, com aquele artifício, dividir o ônus de uma decisão que um Poder com baixa legitimidade democrática não poderia sustentar sozinho.⁴²⁴

⁴¹⁷ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 131.

⁴¹⁸ SINISTERRA, Cindy Charlotte Reyes. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no há sido contada. **Revista Derecho del Estado**, n. 43, p. 159-190, maio/ago., 2019. p. 164.

⁴¹⁹ “Desta forma, a interpretação formulada pela Corte terá o mesmo valor que a letra do Pacto, sem um texto exposto que tenha assim definido no ordenamento internacional e sem que alguns ordenamentos internos reconhecessem à jurisprudência valor de precedente vinculante.” (VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 128).

⁴²⁰ ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 115.

⁴²¹ (CADH) “Art. 62.3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.”

⁴²² SAGUES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 125.

⁴²³ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 382-383.

⁴²⁴ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 384-425.

De modo similar, a Corte IDH buscou essa legitimação ao interpretar a CADH, mas no plano convencional é mais difícil atribuir à vontade dos Estados (por analogia ao “legislador”) de criar o controle de convencionalidade. O argumento de Jordão se aplica aqui, pois o uso daquele argumento, ninguém se engane, é um artifício retórico da parte da Corte IDH. Apesar de retórico, o argumento se justifica pela competência que a Corte tem para interpretar a CADH e pela imperatividade e eficiência da técnica no contexto deficitário de efetivação dos direitos humanos no SIDH.

Ao desenvolver o controle de convencionalidade a Corte IDH “firmou como obrigatória uma tese semelhante, de algum modo, ao *stare decisis*, o valor do precedente estadunidense de sua Corte Suprema de Justiça, doutrina criada naquele país também sem um texto constitucional expreso que a tenha sustentado.”⁴²⁵ A Corte IDH, afinal, “possui magistrados das duas tradições: *civil law* e *common law*. O seu modo de proceder se inspira nas duas tradições. (...) Esse interessante modelo híbrido funciona, na prática, de modo mais flexível e menos formal do que as Cortes internas.”⁴²⁶

Assim como a falta de norma nacional expressa sobre o controle de convencionalidade não é um problema à defesa da sua utilização, tampouco a distribuição de competências para seu exercício por decisões jurisprudenciais é um óbice à institucionalização da técnica. A regulação constitucional e/ou legal no plano nacional seria o ideal, é verdade, por gerar maior segurança jurídica. Cada sistema nacional possui a prerrogativa soberana de definir o alcance e limites da técnica, conforme sustenta a própria Corte IDH em julgados que tratam do tema.⁴²⁷ Porém, a falta da regulação não pode impedir a utilização da técnica se ela se mostra efetiva para cumprimento dos tratados e benéfica aos direitos humanos. Essa é uma consequência da interpretação *pro persona* da CADH.

Em outras palavras, a ausência de previsão expressa de competências controladoras – invalidadora de normas, inclusive - deve remeter à autorização para sua realização com fundamento na própria CADH e seu *status* hierárquico privilegiado. Enquanto não há regulação interna, o sistema deve ampliar ao máximo o controle de convencionalidade, pois isso pulverizaria a proteção e garantia do piso mínimo de direitos humanos e afasta a aplicação de normas e práticas contrárias aos tratados de direitos humanos.

⁴²⁵ SAGUES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 126.

⁴²⁶ LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 85.

⁴²⁷ Ao fundamentar o controle de convencionalidade a Corte IDH dá liberdade aos Estados para regular as competências e procedimentos. Cf., por exemplo, CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentença de 30 jan. 2014. § 126.

Não há unanimidade de um conceito de controle de convencionalidade na América Latina, como também não há consenso a respeito de seus efeitos, procedimento ou sujeitos competentes para exercê-lo.⁴²⁸ No entanto, é melhor, na linha do que sustenta Ramírez, apegar-se às “coincidências básicas” que os diversos países compartilham do que focar nos variados dissensos, o que fortalece os direitos humanos e a construção de um *ius commune* nessa matéria.⁴²⁹ Para isso, a Corte IDH utiliza-se da interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos.

As interpretações literais da CADH por aqueles que refutam o controle de convencionalidade quase sempre são originalistas, como aquelas que sustentam que “o sistema deve funcionar sempre segundo a lógica sob a qual foi criado e respeitando o conjunto de valores envolvidos, é dizer, não sacrificar ou eliminar parte dos valores sob a afirmação pouco sustentada de se estão protegendo outros.”⁴³⁰ Esses críticos, mesmo quando reconhecem que a proteção dos direitos humanos é o fim do SIDH, afirmam que esse legítimo propósito “não pode justificar a destruição do conjunto de equilíbrios e valores que justamente são a origem, sustentação e garantia de uma efetiva proteção de ditos direitos.”⁴³¹ É uma defesa do *status quo* do Direito Internacional Público que ignora o DIDH e não tem em conta sua distinta lógica hermenêutica. Especialmente, a de interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos, que por natureza são históricos. O controle de convencionalidade nacional é doutrina consequente da interpretação evolutiva da CADH, cujo objetivo inicial foi viabilizar maior cumprimento das condenações pelos Estados.⁴³²

Na Opinião Consultiva n. 16/1999 a Corte IDH tomou de empréstimo a jurisprudência da Corte Internacional de Justiça para sustentar que a interpretação de um tratado internacional depende do contexto histórico do sistema jurídico vigente no momento da interpretação. Trata-se da interpretação evolutiva, que se desgarra do sentido histórico e literal para enfrentar os desafios do presente.⁴³³ No mesmo ano, no julgamento do Caso

⁴²⁸ RAMÍREZ, Sergio García. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento constitucional**, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016. p. 174-175.

⁴²⁹ RAMÍREZ, Sergio García. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento constitucional**, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016. p. 175.

⁴³⁰ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 2, p. 53-100, 2016. p. 86.

⁴³¹ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 2, p. 53-100, 2016. p. 94.

⁴³² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 131-132.

⁴³³ “113. Como se desprende de la norma citada, al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). Como ha dicho la Corte Internacional de

Meninos da Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala a interpretação evolutiva foi empregada a fim de ampliar a leitura do direito à vida previsto no art. 4 da CADH e proteger de modo especial crianças em situação de rua.⁴³⁴ De maneira que a interpretação evolutiva é essencial na jurisprudência da Corte IDH. Legale e Bastos Netto exemplificam ainda os casos Atala Rizzo e Filhas vs. Chile (2012) e Atavia Murillo e outros vs. Costa Rica (2012), em que a Corte IDH julgou questões sobre discriminação por orientação sexual e fertilização *in vitro*, respectivamente. Em ambos os casos se a interpretação evolutiva não tivesse sido empregada, seria impossível resolver satisfatoriamente os casos, já que a CADH remonta a 1969, quando esses temas não foram considerados para a redação das suas normas.⁴³⁵ Dita interpretação “estabelece que as obrigações internacionais devem ser interpretadas evolutivamente, adaptando-se a novos contextos sociais.”⁴³⁶ Assim como “a geração que fez historicamente a Constituição não tem o direito de impor à sociedade atual seu modo de entender a

Justicia, [...] la Corte debe tomar en consideración las transformaciones ocurridas en el medio siglo siguiente, y su interpretación no puede dejar de tomar en cuenta la evolución posterior del derecho [...]. Además, un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación. En el dominio al que se refiere el presente proceso, los últimos cincuenta años [...] han traído una evolución importante. [...] En este dominio como en otros, el corpus juris gentium se ha enriquecido considerablemente, y la Corte no puede ignorarlo para el fiel desempeño de sus funciones. 114. Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte, en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1989), como la Corte Europea de Derechos Humanos, en los casos Tyrer versus Reino Unido (1978), Marckx versus Bélgica (1979), Loizidou versus Turquía (1995), entre otros, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. 115. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.” (CORTE IDH. Opinión Consultiva n.16/1999. O direito à informação sobre a assistência consulta no marco das garantias do devido processo legal. 01 out. 1999).

⁴³⁴ O voto concorrente dos juízes Cançado Trindade e Abreu Burelli sintetiza o método: “6. Nuestra concepción del derecho a la vida bajo la Convención Americana (artículo 4, en conexión con el artículo 1.1) es manifestación de esta interpretación evolutiva de la normativa internacional de protección de los derechos del ser humano. En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de riesgo en las calles de nuestros países de América Latina.” (CORTE IDH. Caso Meninos da Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Voto concorrente de A.A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli. Sentença de 19 nov. 1999).

⁴³⁵ LEGALE, Siddharta; BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. O princípio pro persona na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um enigmático desconhecido. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Tribunais internacionais: extensão e limites da sua jurisdição**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 419.

⁴³⁶ LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 25.

Constituição,”⁴³⁷ a geração que se beneficia das normas da CADH não tem o dever de se submeter aos intentos originalistas da geração que a formulou.

Razões de ordem jurídica, política e sociológica justificam esse movimento para a interpretação evolutiva. Do ponto de vista jurídico, não só a norma do art. 29 da CADH⁴³⁸ e do art. 31.1 da CVDT⁴³⁹ sugerem o privilégio da interpretação teleológica em prol da garantia dos direitos humanos, mas significativamente a raiz jusnaturalista dos tratados e declarações de direitos humanos, a exemplo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948.⁴⁴⁰ Burgorgue-Larsen registra que do ponto de vista político, o histórico de guerrilhas e ditaduras movidas pela doutrina de segurança nacional combatente do tão temido comunismo contribuiu para a formação de Estados autoritários na região. O que, embora paradoxal,⁴⁴¹ gestou uma jurisprudência favorável à interpretação evolutiva da CADH em prol da proteção do direito de vítimas desaparecidas cujos corpos não foram jamais encontrados, e mesmo em prol da revogação das leis de anistia. Do ponto de vista sociológico, a formação humanista dos integrantes da Corte IDH contribuiu para o privilégio de um conjunto de técnicas interpretativas inovadoras. A Corte IDH trabalha com técnicas de abertura normativa. Entende os tratados como instrumentos vivos⁴⁴², a resguarda postura cosmopolita em relação à jurisprudência internacional oriunda de tribunais do sistema internacional ou dos sistemas regionais de direitos humanos. Entende bem-vindas as contribuições também de comitês de

⁴³⁷ SAGÜES, Néstor Pedro. El poder constituyente como intérprete de la Constitución. **Pensamiento constitucional**, Lima, a. 16, n. 16, p. 183-193, 2012. p. 190.

⁴³⁸ (CADH) “Art. 29. Normas de Interpretación. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

⁴³⁹ (CVDT) “Artigo 31. Regra Geral de Interpretación. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.”

⁴⁴⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 107-110.

⁴⁴¹ “(...) o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário (...).” (PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 123).

⁴⁴² FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 221.

direitos humanos, e a partir disso projeta o significado das normas da CADH e dos instrumentos debaixo de sua competência.⁴⁴³

Do ângulo dogmático-jurídico, o controle de convencionalidade nacional se fundamenta na interpretação literal-evolutiva da CADH, que nos arts. 1 e 2 preveem a técnica como medida a ser implementada pelos Estados para operacionalizar a prevalência da norma mais favorável ao ser humanos. A interpretação literal se distingue em: (a) interpretação literal-histórica, que se refere ao significado do texto no momento histórico em que escrito e posto na CADH; (b) interpretação literal-evolutiva, que se refere ao significado atual das palavras da Convenção, no momento da aplicação da norma.⁴⁴⁴ Isto é, a técnica está contida nos limites semânticos da CADH⁴⁴⁵, que no art. 2 prevê que os “Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas *ou de outra natureza* que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades [previstos na CADH].” Não se trata de uma invenção imaginada doutrinariamente por um ou outro magistrado ou acadêmico, mas de uma técnica que se pode extrair do conteúdo aberto da norma convencional como apto a majorar os graus de proteção do ser humano.⁴⁴⁶ Se é verdade que os Estados-parte ao negociarem o conteúdo das normas não concordaram em positivar a técnica em 1969, isso se

⁴⁴³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 110-121.

⁴⁴⁴ A classificação é a mesma de Sagüés para a norma constitucional histórica. Cf. SAGUES, Néstor Pedro. El poder constituyente como intérprete de la Constitución. **Pensamiento constitucional**, Lima, a. 16, n. 16, p. 183-193, 2012. p. 189.

⁴⁴⁵ Ao analisar os limites da mutação *constitucional*, Luis Roberto Barroso invoca os seguintes limites, válidos para o que interessa à mutação do sentido da norma convencional: “É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, libertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128).

⁴⁴⁶ Um exemplo mostra como o método evolutivo de interpretação renova e atualiza a CADH à luz dos tempos, e ao mesmo tempo como é árduo localizar o ponto em que a norma possui um sentido mais favorável ou menos restritivo ao ser humano. Seria o caso do art. 23 da CADH, que prevê hipóteses muito restritas de limitação a direitos políticos. Entre elas, condenações derivadas do processamento *criminal* de algum ocupante de cargo público. Há quem sustente que o art. 23 impediria, por isso, o *impeachment* quando ausente alguma das hipóteses literais do art. 23. Por outro lado, com base em uma interpretação não literal e evolutiva, há quem atualmente sustente o contrário. Primeiro, porque a interpretação textual ignora as normas internas de separação de poderes e alternância em cargos eletivos que proíbem reeleições. Segundo, porque ao limitar as restrições a direitos políticos como consequências apenas permitidas de processos *penais*, a interpretação originalista “ameaça esvaziar de poder as várias instituições nacionais responsáveis por punir funcionários públicos eleitos pelo voto popular quando do cometimento de atos de corrupção.” (ROA ROA, Jorge Ernesto et al. *Amicus curiae* sobre a solicitação de opinião consultiva relativa à figura do juízo político ou impeachment apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 1, p. 213-266, maio 2018. p. 265).

dá por motivos políticos e históricos que a atual geração submetida à CADH pode suplantar⁴⁴⁷, desde que isso signifique o aumento do degrau protetivo das normas convencionais. A progressividade, nesse sentido, é marca das negociações de 1969 e constitui o espírito da convenção.⁴⁴⁸

As consequências dos métodos de interpretação utilizados pela Corte IDH incomodam certos governos, que veem suas políticas e decisões atingidas. Nesse ponto, Burgorgue-Larsen destaca como a interpretação evolutiva dos tratados é criticada quando altera de modo radical a compreensão acerca de um direito e quando “ataca os fundamentos culturais e políticos de uma jovem sociedade democrática em busca de equilíbrio.”⁴⁴⁹ Entretanto, mais do que os governos de ocasião, as gerações que se seguem possuem o direito de interpretar as normas jurídicas segundo suas próprias realidades históricas e necessidades. Forçar uma interpretação histórica pode gerar tensionamentos indevidos, já que cada sociedade detém seu sistema próprio e variante de crenças, “sobre o justo ou o injusto, sobre o aconselhável e o desaconselhável sobre determinada solução, sobre a extensão e profundidade de certos direitos constitucionais, ou sobre o permitido e o proibido de determinada conduta.”⁴⁵⁰ A lacuna dos argumentos que se baseiam no Direito Internacional clássico para criticar o controle de convencionalidade está em ignorar a técnica de interpretação evolutiva também para os postulados da disciplina jurídica, e não só aos tratados propriamente ditos. São perspectivas que ainda têm a Constituição nacional em todo e qualquer caso no topo para normas de qualquer natureza sem atentar para o conteúdo da própria Constituição em matéria de direitos humanos. São perspectivas igualmente não orientadas por princípios de DIDH. Busca, na melhor das hipóteses, compatibilizar exageradamente a soberania estatal com os direitos humanos, mas desde uma abordagem de Direito Internacional clássico não conectada ao princípio *pro persona*, mas afeta ao que melhor se adaptaria aos interesses estatais.

⁴⁴⁷ “Os termos da convenção não se analisam segundo sua formulação histórica textual, mas sim atual e contextual.” (COLANTUONO, Palbo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del controle. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 284).

⁴⁴⁸ (CADH) “Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

⁴⁴⁹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 137.

⁴⁵⁰ SAGUES, Néstor Pedro. El poder constituyente como intérprete de la Constitución. **Pensamiento constitucional**, Lima, a. 16, n. 16, p. 183-193, 2012. p. 190.

Ignoram, por isso, que antes do Estado está o humano, e que o Estado existe para e pelos humanos.

Nessa linha, contemporaneamente, a primazia das técnicas de interpretação histórica dos tratados deu espaço à primazia da interpretação teleológica desde a ótica evolutiva. Mais do que a vontade dos Estados quando firmaram a CADH, importa o objetivo protetivo e garantidor dos direitos humanos.⁴⁵¹ Ou seja, o suporte para utilização das técnicas expansivas de interpretação é a ideia de eficácia dos direitos humanos.⁴⁵²

Essas considerações valem para a interpretação do art. 27 da CVDT, norma que os críticos apontam como destinada a regular a responsabilidade internacional do Estado, e que nenhuma relação guardaria com a hierarquia que os Estados deveriam outorgar aos tratados de direitos humanos, e muito menos com uma técnica que ao tempo da edição da convenção sequer era cogitada. Nesse aspecto, é preciso interpretar a CVDT contemporaneamente, à luz da diretriz hermenêutica e norma jurídica *pro persona*. Cada vez mais as normas jurídicas devem ser lidas a fim de fomentar a efetividade dos direitos humanos, e sua máxima internalização por meio de técnicas como o controle de convencionalidade nacional, embora sem assento expresso na CVDT, é que contribui para esse desiderato.

Nesse sentido, Agustín Gordillo refuta expressamente a interpretação internacionalista do art. 27 da CVDT. Para o autor, pretender interpretar o art. 27 e o princípio do *pacta sunt servanda* apenas como vinculante aos Estados no plano internacional para fins de responsabilização também internacional é contraditório e irrazoável, “pois importaria uma duplicidade de interpretação contrária à indispensável unidade da ordem jurídica.”⁴⁵³ De outra sorte, as interpretações que devem prevalecer são aquelas que resultem em maior efetividade dos direitos previstos no ordenamento jurídico, e não aquelas que limitam illogicamente uma prescrição jurídica.⁴⁵⁴ Como registra Legale, para levar a sério os direitos humanos, o “ordenamento jurídico nacional deve passar pelo filtro da CADH.”⁴⁵⁵

⁴⁵¹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 107.

⁴⁵² “A Corte fará todo o possível para que os direitos consagrados no texto do tratado tenham um alcance concreto e efetivo no contexto eminentemente complexo e violento da realidade latino-americana. Em poucas palavras, se trata da teoria do efeito útil, levada ao seu paroxismo.” (BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 123).

⁴⁵³ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. III-19.

⁴⁵⁴ “A única interpretação finalística congruente com a circunstância retora do submetimento à Convenção e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e Comunitário em geral será aquela que busque construir soluções no sentido de afirmar a vigência, garantia e aplicabilidade ou exigibilidade imediata dos direitos individuais e a integração regional. Não, pois, o inverso, a ausência de defesa dos indivíduos e sua submissão à autoridade do

A interpretação originalista da CADH e da CVDT ao negar o controle de convencionalidade nacional em favor da prerrogativa do Estado-nação para violar uma norma internacional (sob pena de só posteriormente sujeitar-se à responsabilidade internacional) sustenta ser necessário “dar primeiro a oportunidade ao juiz nacional para que tome sua decisão sem intervenção nem delineamentos preestabelecidos, sabedor de que se o faz sem observar as obrigações internacionalmente assumidas, poderia gerar responsabilidade internacional. Mas, em todo caso, deve ter essa oportunidade e responsabilidade no exercício de suas funções ou faculdades.”⁴⁵⁶

Todavia, o conjunto de interpretações afetas à soberania estatal em matéria de direitos humanos erra assim ao reconhecer como foco as prerrogativas ou competências dos agentes de Estado (especialmente os juízes), e não do titular dos direitos humanos. Mais vale para os originalistas e adeptos do Direito Internacional clássico a liberdade do juiz e demais agentes estatais para desrespeitarem um direito convencional – conscientes da responsabilidade que *eventualmente sua conduta ilícita pode gerar*, segundo o art. 27 da CVDT na sua interpretação corrente – do que as consequências que a utilização desviada da independência judicial e de outros agentes pode gerar em desfavor do ser humano de carne e osso atingido pela decisão judicial, administrativa ou legislativa.

Ignoram, assim, que não há independência judicial ou prerrogativas estatais para restringir ou violar direitos humanos. Por essas razões, a leitura mais adequada do art. 27 da CVDT à luz do DIDH é que, sujeito à boa-fé, o Estado não pode alegar validamente como motivo do descumprimento de direitos humanos a inexistência de mecanismos internos que lhes viabilizem a efetivação.⁴⁵⁷ Por essa razão é que o controle de convencionalidade como técnica pode acontecer mesmo *sem lei* ou *norma constitucional* que o preveja ou regulamente. E enquanto a regulamentação não acontece, segundo a interpretação *pro persona* da técnica, como adiante se defenderá.

governo de turno, ademais isolado do contexto internacional.” (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. VI-19).

⁴⁵⁵ O trecho segue da seguinte forma: “Deve passar por um processo de ‘convencionalização’ ou de ‘interamericanização’, que resultará, por um lado, na invalidade de leis incompatíveis e, de outro, no despejar do sentido da CADH com as interpretações desta da Corte IDH, fixadas nas OCs e na coisa julgada interpretada das sentenças e medidas provisionais no processo de responsabilização internacional do Estado.” (LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 191).

⁴⁵⁶ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 2, p. 53-100, 2016. p. 86.

⁴⁵⁷ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 220.

Por fim, é preciso ressaltar que as justas críticas ao financiamento do SIDH por Estados europeus e organizações de cooperação internacional com propósitos às vezes escusos devem ser recepcionadas. O problema merece ser combatido com o autofinanciamento da Comissão e Corte IDH pelos Estados-membros do sistema,⁴⁵⁸ sem que por aquelas razões se abandone um instrumento eficiente de garantias, determinado constitucionalmente no Brasil, e que assim como qualquer instituição jurídica tem influências políticas e econômicas positivas e negativas. Nada, por outro lado, indica que o controle de convencionalidade seja instrumento de pressão ou dominação política ou econômica sobre os países signatários da CADH. Não se pode, ainda, perder de vista que mesmo dentro do SIDH há profundas diferenças de entendimento sobre o conteúdo e direção dos direitos humanos, as quais variam entre os setores político (OEA, Conselho Permanente e grupos de trabalho) e burocrático (Comissão IDH) no sistema.⁴⁵⁹ As diferenças de interpretação não podem, todavia, serem compreendidas como empecilho à criação de um sistema de proteção que recepciona no processo de interpretação e aplicação da CADH o diálogo constante entre seus membros.

1.2.2.4. O princípio da subsidiariedade em favor do protagonismo do Estado na concretização dos direitos humanos

A Corte IDH impulsiona e incentiva o controle de convencionalidade nacional sem descartar o papel dos Estados nacionais para a proteção e garantia dos direitos humanos.

O SIDH não funciona por clivagem. Pelo contrário, busca uma atuação concertada entre os planos nacional e internacional, relegando o acionamento deste último apenas em último caso. Nessa medida o controle de convencionalidade se justifica também no fato de que o sistema internacional de proteção de direitos humanos funciona pelo mecanismo de *subsidiariedade*, o que coloca nas mãos dos agentes públicos internos o dever de, *primária e prioritariamente*, preservar os direitos humanos.⁴⁶⁰ Essa modalidade de controle está inserida

⁴⁵⁸ CONFORTI, Simón. Estudio acerca del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: implicancias políticas y jurídicas. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, a. 3, n. 3, p. 25-44, 2013. p. 36-37.

⁴⁵⁹ CONFORTI, Simón. Estudio acerca del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: implicancias políticas y jurídicas. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, a. 3, n. 3, p. 25-44, 2013. p. 34.

⁴⁶⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 570.

no fenômeno da constitucionalização do DIDH⁴⁶¹, com “progressiva aplicabilidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito interno dos Estados (...) através de diversas fórmulas ou cláusulas constitucionais.”⁴⁶²

O controle pela Corte IDH acontece em compasso com o princípio da subsidiariedade, sendo necessário frisar que a Corte IDH não é instância ordinária e nem tem hierarquia superior aos órgãos e Tribunais nacionais. O procedimento de admissão de casos tem uma série de limitações, e passam por um filtro que jurisprudencialmente leva em conta a transcendência do caso para o SIDH ou pelo menos para o Estado processado.⁴⁶³

O princípio da subsidiariedade é interpretado a fim de justificar o controle de convencionalidade, e no SIDH tem primeiro assento logo no preâmbulo da CADH. Depois, se extrai de dispositivos de direito material e processual da Convenção (arts. 1, 2 e 46.1, “a” da CADH). Assim, o controle de convencionalidade nacional é simplesmente uma criação jurisprudencial da Corte IDH que a partir do art. 1 e 2 da CADH e do princípio da subsidiariedade faz com que se admita - como corolário lógico da técnica — a hierarquia superior da CADH nos sistemas jurídicos nacionais, inclusive acima das Constituições segundo a Corte IDH.⁴⁶⁴

Esse é um dos principais óbices à técnica, segundo os críticos, porque caberia ao Estado soberanamente definir a hierarquia das normas jurídicas vigentes em sua jurisdição. No entanto, ocorre que a hierarquia normativa superior dos tratados se dá apenas *a priori* e de modo relativo segundo o critério *pro persona*⁴⁶⁵ e no bojo da perspectiva dialogante entre ordens jurídicas. A finalidade do DIDH é a proteção humana, e não a preservação de posições jurídicas do Estado-parte do tratado. Conclusão essa que enfraquece as teorias normativas rígidas da hierarquia de normas para fins de controle de convencionalidade. Enfraquece igualmente as posições hierárquicas, pois não há hierarquia mesmo entre Corte IDH e qualquer outro tribunal nacional.⁴⁶⁶

⁴⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 463.

⁴⁶² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. **Urbe et Ius - Revista de Opinión Jurídica**, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013. p. 33.

⁴⁶³ GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018. p. 137-138.

⁴⁶⁴ DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *et al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 538.

⁴⁶⁵ Sobre a hierarquia supraconstitucional relativa, já exposta acima, cf. GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

⁴⁶⁶ “Importa mais o *como* se protege, a intensidade da proteção, do que o *locus* ou a fonte de onde deriva a proteção.” (CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de

Não são sequer suficientemente fortes as críticas que opõem o controle de convencionalidade à falta de previsão de normas sobre hierarquia privilegiada dos tratados de direitos humanos no âmbito nacional. Em situações e casos que envolvem direitos humanos convencionais o enfrentamento se dá pela hierarquização relativa, para que ao final prevaleça apenas a norma mais favorável ou menos interventiva na esfera jurídica do ser humano. Definir qual é essa norma, é impositivo reconhecer, não é simples, e será objeto de discussão no capítulo 2.

Mesmo a vertente que não discute o tema dos direitos humanos desde o controle de convencionalidade apresenta desde os anos 1990 propostas de efetivação dos direitos humanos em que a responsabilização estatal internacional não seja a única medida viável, o que reforça o princípio da subsidiariedade. É o caso de Harold Hongju Koh, quem construiu larga explicação pela efetivação dos direitos humanos a partir de uma noção processual transnacional. A partir da década de 90 do século XX⁴⁶⁷, segundo Koh, outra explicação deve guiar o entendimento das razões que levam à adesão ao Direito Internacional do final daquele século. Elas estariam no que chamou de “*transnational legal process*”, que acontece por um processo complexo de interação global entre sujeitos públicos e privados, que aconteceria por “interação”, “interpretação” e “internalização” das normas internacionais no Direito interno pelo Estado nacional. *Transnational legal process* é “a teoria e prática de como atores públicos e privados, incluindo Estados-nação, organizações internacionais, empresas multinacionais, organizações não governamentais, e indivíduos privados, interagem em uma variedade de foros públicos e privados, domésticos e internacional para criar, interpretar, internalizar, e fazer cumprir (*enforce*) o Direito transnacional.”⁴⁶⁸

A repetição contínua da interação entre atores privados e públicos pela via do “processo legal transnacional” tem mais sucesso em internalizar, gradualmente, as normas de Direito Internacional e funciona como uma boa explicação da razão pela qual, uma vez internalizadas no Direito interno por atuação dos órgãos de Estado, as nações passam a obedecer às normas internacionais sem que seja necessária intervenção externa (sem que seja necessário invocar a interpretação usual do art. 27 da CVDT). Contribui também para explicar os casos em que a obediência não acontece, e como superá-la. Segundo Koh, o “fator chave é

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 Juris, 2016. p. 243).

⁴⁶⁷ O autor escreve em 1997.

⁴⁶⁸ KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? **The Yale Law Journal**, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2626.

a participação repetitiva no processo legal transnacional.”⁴⁶⁹ Desde a visão teórica de Koh sobre o processo normativo transnacional, Yulgan Tenno de Farias Lira entende que em matéria de direitos humanos o controle de convencionalidade é a principal técnica de aumento do grau de *enforcement* das normas internacionais no plano interno,⁴⁷⁰ em autêntica prova da importância do princípio da subsidiariedade como um dos fundamentos do controle de convencionalidade.

Lira, a partir das lições de Koh, sustenta que o controle de convencionalidade seria o mecanismo mais adequado de incremento do *enforcement* dos tratados de direitos humanos. O controle de convencionalidade via processo judicial interno seria a maneira de internalizar as normas e a jurisprudência internacionais fazendo valer o conteúdo de direitos que a princípio gozariam de baixa eficácia interna. A técnica privilegia a obediência espontânea em detrimento da sanção internacional, o que funcionaria melhor em termos práticos e de efetividade normativa.⁴⁷¹ No processo normativo transnacional “os agentes públicos e privados interagem para fazer, interpretar, garantir e internalizar normas internacionais em constante diálogo com o direito doméstico.”⁴⁷² O objetivo é propiciar a mais ampla adesão às normas convencionais, a ponto de criar o que Koh chamou de *obedience*⁴⁷³, correspondente ao momento em que “uma entidade adota o comportamento induzido pela norma porque internalizou a norma e a incorporou no seu próprio sistema interno de valores.”⁴⁷⁴ Nesse mesmo sentido, Douzinas recorda que não obstante a retórica dos internacionalistas, “direitos humanos são violados ou apoiados nas ruas, no local de trabalho e na delegacia de polícia. Sua realidade é burkeana, não kantiana. Até mesmo no âmbito formal as cláusulas das

⁴⁶⁹ KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? *The Yale Law Journal*, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2655.

⁴⁷⁰ LIRA, Yulgan Tenno de Farias. O direito interno como ponto chave para a garantia do *enforcement* do Direito Internacional: controle de convencionalidade à luz do processo normativo transnacional de Harold Hongju Koh. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. v. 7. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

⁴⁷¹ LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Controle de convencionalidade**: a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos. João Pessoa: Ideia, 2016. p. 102.

⁴⁷² LIRA, Yulgan Tenno de Farias. O direito interno como ponto chave para a garantia do *enforcement* do Direito Internacional: controle de convencionalidade à luz do processo normativo transnacional de Harold Hongju Koh. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. v. 7. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 526.

⁴⁷³ Existem, para Koh, quatro tipos de relação entre normas e condutas esperadas dos destinatários daquelas normas: (i) coincidência (*coincidence*), quando o acaso determina o cumprimento de norma; (ii) conformidade (*conformity*), quando há conveniência por parte dos destinatários no cumprimento da norma; (iii) *compliance*, quando o destinatário cumpre a norma por influência de fatores externos, sejam eles sanções positivas ou negativas; (iv) obediência (*obedience*), afeta à adesão espontânea à prescrição normativa (KOH, Harold Hongju. How is international Human Rights Law Enforced? *Indiana Law Journal*, v. 74, n. 4, p. 1397-1417, 1999. p. 1400).

⁴⁷⁴ KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? *The Yale Law Journal*, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2601, nota 3.

constituições e leis nacionais são muito mais importantes do que as incumbências internacionais.”⁴⁷⁵

A bem da verdade, a questão do cumprimento das normas também é um dilema no cumprimento das próprias normas de Direito interno. Tanto no âmbito internacional quanto no nacional, o corriqueiro é uma maioria de vezes em que normas são obedecidas, e apenas uma minoria de vezes em que que normas são impostas por sanção (*enforcement*). Por isso, fazer cumprir o Direito Internacional funciona melhor por obediência voluntária do que por coerção.⁴⁷⁶ Logo, o modo mais efetivo de concretizar os direitos convencionais é fazer com que seu tratamento seja idêntico ao das normas internas, o que é reconhecido pela Corte IDH e justificado no princípio da subsidiariedade. Assim, negar o controle de convencionalidade nacional, é negar uma instância importante de efetivação de direitos humanos e de prevenção do processamento internacional do Estado. Afinal, para prevenir responsabilização internacional, a técnica mais adequada é a do controle de convencionalidade nacional.⁴⁷⁷

Por outro lado, diferentemente dos que advogam por um pretense autoritarismo da Corte IDH, esta nunca propôs um modelo único de controle de convencionalidade nacional. No Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014), a Corte manifestou expressamente que “a Convenção Americana não impõe um modelo específico para realizar um controle de constitucionalidade e convencionalidade.”⁴⁷⁸ O que a Corte IDH determina é que ele *aconteça*, a fim de dar maior proteção aos seres humanos diante do Estado. Como acontecerá, sob quais bandeiras e com quais dificuldades, dependerá das decisões de cada Estado.⁴⁷⁹ O Brasil não regula ainda um modelo de controle de convencionalidade, o que exige a formatação de sugestões que, com sustentação no critério interpretativo *pro persona*, busquem melhores resultados na aplicação e garantia dos direitos previstos em tratados internacionais. Assim, quando Abbot afirma que “a doutrina majoritária não apresenta as coisas tal como são,

⁴⁷⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 129.

⁴⁷⁶ KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? **The Yale Law Journal**, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2603/2659.

⁴⁷⁷ O controle de convencionalidade “viabiliza, processualmente, a comunicação entre o Direito Internacional e o direito doméstico, fazendo com que o comando normativo internacional seja obedecido pelo Estado enquanto PJDPI [pessoa jurídica de direito público interno].” (LIRA, Yulgan Tenno de Farias. O direito interno como ponto chave para a garantia do *enforcement* do Direito Internacional: controle de convencionalidade à luz do processo normativo transnacional de Harold Hongju Koh. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. v. 7. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 536).

⁴⁷⁸ CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentença de 30 jan. 2014. § 124

⁴⁷⁹ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integración jurídica: emergencia de un nuevo derecho público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 582.

senão do modo que, desde sua perspectiva, deveriam ser”⁴⁸⁰, a pretexto de criticar a doutrina defensora da técnica o autor termina por comungar das mesmas bases. Isso porque mais do que uma realidade a ser analisada e descrita, o controle de convencionalidade é um projeto em construção e em compasso com o princípio da subsidiariedade. Suas possibilidades estão em aberto, e o que lhe anima é precisamente o ímpeto de mudança e efetividade dos direitos humanos.

1.2.2.5. Resposta à alegada ineficácia e inutilidade do controle de convencionalidade

Em primeiro lugar, as críticas às dificuldades de implementar a técnica não passam pelo argumento comparativo: os tribunais enfrentam há décadas problemas jurídicos e processuais tão ou mais complexos, como por exemplo aqueles inerentes aos recursos extraordinários e especiais aos tribunais superiores, o que impede opor à doutrina do controle de convencionalidade qualquer argumento relativo à sua dificuldade de operacionalização.⁴⁸¹ Se há incerteza sobre como realizar o controle, essa incerteza deve ser superada tecnicamente ao invés de fazer abandoná-lo.

De outro lado, é abertamente reconhecido que o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade pela Corte IDH não é linear nem uniforme. Apesar dessa deficiência, o controle de convencionalidade é a técnica com maior potencial de gerar um *ius commune* em matéria de direitos humanos nos países do SIDH.⁴⁸² É o controle de convencionalidade a técnica de harmonização dos Estados-parte da CADH.⁴⁸³ Álvaro Mesa Latorre propõe, nesse sentido, um exercício reflexivo. Se em 2006 a Corte IDH não tivesse iniciado a doutrina de controle de convencionalidade, que técnica deveriam criar os agentes públicos⁴⁸⁴ para interpretar e aplicar os direitos convencionais de tratados ratificados? Por meio do trabalho gradual da jurisprudência, por meio de estudo, interpretações, comparações e aplicações, os juízes poderiam muito bem terminar por aplicar, talvez com outra denominação, algo similar ao controle de normas desde a norma parâmetro convencional, cuja

⁴⁸⁰ ABBOTT, Max Silvia. Es realmente viable el control de convencionalidad? **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018. p. 733.

⁴⁸¹ LATORRE, Álvaro Mesa. El control de convencionalidad: un acto racional o irracional? **Estudios Constitucionales**, a. 16, n. 1, p. 129-166, 2018. p. 149.

⁴⁸² SAGUES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 119.

⁴⁸³ LEAL, Mônia Clarissa Henning; HOFFMANN, Grégora Beatriz. O constitucionalismo transformador e o ‘diálogo inevitável’: a influência do *ius constitutionale commune* na consolidação do Estado de Direito na América Latina. **Revista Argumentum**, Marília, v. 22, n. 2, p. 507-528, maio-ago. 2021. p. 512.

⁴⁸⁴ O autor restringe a pergunta aos juízes.

superioridade e prioridade se visa resguardar com fundamento no DIDH.⁴⁸⁵ Latorre conclui: “Logo, se não tivesse sido no caso Almonacid Arellano, seguramente haveria surgido dito controle de convencionalidade, em anos posteriores, em outra causa.”⁴⁸⁶

Ao contrário do que algumas críticas querem sugerir, a técnica do controle de convencionalidade não se pretende redentora de todos os problemas que assolam o mundo e que afetam a dignidade dos povos e pessoas. Sequer ao Direito como instância da vida social deveria ser outorgado tal papel.⁴⁸⁷ O controle de convencionalidade não é panaceia.⁴⁸⁸ Mas desde a realidade latino-americana, assolada pelo subdesenvolvimento⁴⁸⁹, contribui como técnica comum entre os países para combate das mazelas individuais e sociais.⁴⁹⁰ Há, aqui, um posicionamento enfático que rejeita a neutralidade dos operadores jurídicos e que acredita que “direito e os tribunais deveriam também estar a serviço dos grupos sociais marginalizados.”⁴⁹¹ Assim sendo, muito diversamente do que os críticos apontam, o controle de convencionalidade, limitado como a instância jurídica não deixa de ser, não é modismo inútil, sem reflexos práticos no Direito brasileiro. Não é irrelevante a utilização do controle de

⁴⁸⁵ LATORRE, Álvaro Mesa. El control de convencionalidad: un acto racional o irracional? **Estudios Constitucionales**, a. 16, n. 1, p. 129-166, 2018. p. 157-158.

⁴⁸⁶ LATORRE, Álvaro Mesa. El control de convencionalidad: un acto racional o irracional? **Estudios Constitucionales**, a. 16, n. 1, p. 129-166, 2018. p. 159.

⁴⁸⁷ “(...) o direito não é uma panaceia. Problemas na ‘guerra contra o terror’, por exemplo, não emergem da ausência do ‘direito’ ou de ‘direitos’ – na verdade, uma grande quantidade de leis e regulações permite e direciona as atividades dos indivíduos envolvidos.’ Isso significa que, simplesmente, tornar algo ‘legal’ ou uma questão de ‘direitos’ não será suficiente para assegurar o beneficiamento de determinada escolha. Será que uma autorização do Conselho de Segurança para a Guerra do Iraque teria de fato mudado nosso entendimento sobre o conflito? Deveria tê-lo feito? Mais uma vez, não se pode evitar o recurso a escolhas estratégicas.” (KOSKENNIEMI, Martti. A política do direito internacional: 20 anos depois. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 1, p. 30-40, 2018. p. 39).

⁴⁸⁸ Mesmo na instância jurídica nem mesmo a atribuição de uma hierarquia privilegiada a normas de tratados não basta para sua efetiva aplicação. Apenas há alto grau de *enforcement*, segundo Lira, quando há internalização normativa nos planos social, político e legal simultaneamente. A mera integração legal determinada normativamente, desacompanhada de um processo mais amplo de internalização, não resulta na aplicação e efetividade dos direitos previstos em tratados. Limitar ao Estado a responsabilidade pela internalização não é efetivo. Daí a importância da interação mais ampla entre atores públicos e privados para que a aplicação da norma aconteça por *obediência* dos responsáveis pela sua aplicação. (LIRA, Yulgan Tenno de Farias. O direito interno como ponto chave para a garantia do *enforcement* do Direito Internacional: controle de convencionalidade à luz do processo normativo transnacional de Harold Hongju Koh. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. v. 7. Belo Horizonte: Arraes, 2016. p. 527-528).

⁴⁸⁹ Cf. PINTO, Álvaro Vieira. **A sociologia dos países subdesenvolvidos**: introdução metodológica ou prática metodicamente desenvolvida de ocultação dos fundamentos sociais do ‘vale de lágrimas’. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008; FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

⁴⁹⁰ “Nesse contexto, o sistema jurídico pode oferecer uma contribuição importante e específica ao processo de transformação, ainda que claramente não possa substituir o processo político em sentido amplo.” (BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015. p. 37).

⁴⁹¹ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015. p. 30.

convencionalidade, que levado à sério orienta mudanças jurisprudenciais e legislativas por contrariedade aos tratados de direitos humanos, apesar da compatibilidade daquelas fontes jurídicas com a Constituição.

É oportuno tecer alguns exemplos para identificar que, embora não tenha sido possível ainda medir por índices os impactos da ainda nova técnica de controle de convencionalidade, ainda assim ela resguarda utilidade e gera impactos concretos.

No Brasil, um exemplo muito estudado é o da Lei de Anistia brasileira (Lei n. 6.683/1979), declarada constitucional pelo STF, mas entendida inconvenção pela Corte IDH. A literatura é vasta para esse assunto⁴⁹², de forma que resta explorar outros exemplos da importância do controle de convencionalidade e seus impactos práticos ao lado do controle de constitucionalidade. É o caso da competência para julgamento de crimes militares no Brasil, que nos termos da sua Constituição prevê a existência de uma Justiça Militar à qual “compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.” (art. 124). O constituinte brasileiro concedeu ampla margem ao legislador infraconstitucional para dispor “sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.” (art. 124, parágrafo único). De maneira que a definição dos crimes sujeitos à competência daquela justiça federal especializada não encontraria obstáculos senão aqueles opostos pelos representantes do povo em assembleia. Assim é que o art. 9º do Código Penal Militar permite o julgamento de civis pela Justiça Militar, entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Militar (STM) e pelo próprio STF (v.g. no HC 106.171/AM). O critério de definição da competência é o seguinte: se a *intenção* do agente civil for atingir a instituição militar, a competência para julgá-lo pelos fatos tipificados como crime no Código Penal Militar será da Justiça Militar.⁴⁹³ Por isso, por exemplo, encontram-se condenações criminais proferidas pela Justiça Militar contra civis por crime de desacato contra militares no Brasil, pela prática do crime previsto no art. 299 do CPM.⁴⁹⁴ Todavia, essa realidade jurídica é contrária ao que já decidiu a Corte IDH, por

⁴⁹² Sobre a Lei de Anistia brasileira e sua inconvenção, cf. PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 2, p. 176-189, jul./dez. 2009; SILVA, Carla Ribeiro Volpini; WANDERELY JUNIOR, Bruno. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 611-629, 2015; ARCEGAS, João Gabriel; GUSSOLI, Felipe Klein; VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) dez anos depois: desafios para o cumprimento integral pelo Estado brasileiro. **Revista de Direito Internacional**, v. 18, n. 3, p. 372-389, 2021.

⁴⁹³ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 103-129, 2016. p. 109-113.

⁴⁹⁴ SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. **Defensoria Pública e controle de convencionalidade: a instituição e o instrumento para a proteção e promoção dos direitos humanos**. Lumen Juris, 2020. p. 107.

exemplo, no Caso Palamara Iribarne vs. Chile.⁴⁹⁵ Para a Corte IDH, só *o militar* que atenta contra a bens jurídicos militares pode ser processado na Justiça Militar. Sequer militares da reserva podem ser processados pela Justiça Militar, mas apenas militares do serviço ativo. Entendimentos semelhantes foram manifestados nos Casos Castillo Petruzzi vs. Peru e Arguelles e outros vs. Argentina. Tais decisões indicam que, à luz da CADH e da jurisprudência da Corte IDH, o art. 9º do Código Penal Militar brasileiro é inconvençãoal.⁴⁹⁶ Portanto, o CPM é constitucional, mas inconvençãoal nesse aspecto. Deveria ser declarado como tal via controle de convençãoalidade nacional, evitando o processamento internacional e prejuízos concretos aos acusados.

Outro exemplo da importância e utilidade do controle de convençãoalidade como técnica nacional é o da imprescritibilidade de certas pretensões acusatórias. Para casos de violações graves a Corte IDH reconhece a impossibilidade de utilizar argumentos como a prescrição, como por exemplo em situação de trabalho escravo no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (2016, §§ 454 e 508). Nos termos da decisão, o crime do art. 149 do Código Penal brasileiro é imprescritível, de modo que há necessidade de fazer um controle de convençãoalidade sobre ele e o art. 109 que regula a prescrição no Direito brasileiro.⁴⁹⁷ Ou seja, a despeito da constitucionalidade do art. 109 para o crime de escravidão, a situação se analisada sob a ótica do controle de convençãoalidade gera um efeito prático distinto. Quer dizer, há outros crimes imprescritíveis que não apenas aqueles previstos expressamente na CF. De forma que toda decisão judicial ou decisão de arquivamento de inquérito que reconhece a prescrição do crime de redução à condição análoga à escravidão do art. 149 do Código Penal seria, ela própria (como prática nacional), inconvençãoal.

Mais uma prova da importância do controle de convençãoalidade está na concepção de propriedade indígena relatada nos precedentes da Corte IDH como Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Comunidad Moiwana vs. Suriname, Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai, Comunidade Sawhoyamaya vs. Paraguai e Caso Povo Saramaka vs.

⁴⁹⁵ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convençãoalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 103-129, 2016. p. 109-110.

⁴⁹⁶ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convençãoalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 103-129, 2016. p. 111-114.

⁴⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convençãoalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 150-152.

Suriname⁴⁹⁸. A definição de propriedade comunal dos povos indígenas nesses casos é bastante distinta daquela comumente aceita na CF de 1988.⁴⁹⁹ Foi com apoio nos trabalhos preparatórios da CADH e no art. 29, “b” que a Corte IDH desenvolveu o conceito comunitário do direito de propriedade.⁵⁰⁰ Mauricio Huerta analisa os casos em que a Corte IDH interpretou o art. 21 da CADH em relação à propriedade comunitária indígena, que independe inclusive de um sujeito de direito titular do direito, como querem as correntes dominantes. Aqui o direito de propriedade gera, inclusive, obrigações positivas aos Estados. O direito de propriedade individual próprio das doutrinas liberais não se ajusta à concepção comunitária de propriedade indígena como entendida pela Corte IDH, conexas à autodeterminação dos povos originários e às tradições ancestrais.⁵⁰¹ Por isso, sustenta-se que aquela definição de propriedade interpretada desde o art. 21 da CADH não se ajusta à propriedade das terras indígenas brasileiras nas mãos da União Federal, havendo necessidade de interpretação convencionalmente adequada do art. 20, XI da Constituição que define como *bem da União* as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Sobre o tema, a Corte IDH ainda não se manifestou.

Ainda como um exemplo do efeito prático do controle de convencionalidade, Eduardo Appio identifica julgado pelo STJ em que aquele controle de ofício não aconteceu, o que corresponderia a erro judiciário, que pode ser reparado internamente via sistema recursal ou mesmo internacionalmente na Corte IDH.⁵⁰² Trata-se dos Embargos de Divergência n. 1.021.634-SP, julgado em 2011, que eximiu de culpa um acusado de estuprar meninas

⁴⁹⁸ No Caso Povo Saramaka vs. Suriname foi determinada a outorga de títulos de propriedade à comunidade indígena, independentemente de sua qualificação para o ordenamento jurídico interno. O fato de não ser sujeito de direito não pode impedir o uso e gozo de sua propriedade comunal, pois deve-se lhe reconhecer personalidade jurídica (HUERTA, Mauricio Iván de Toro. El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. X, p. 49-93, 2010. p. 76/81).

⁴⁹⁹ “(...) o tribunal interamericano desenvolveu um conceito amplo de propriedade que constitui um parâmetro geral que resulta relevante no contexto do continente, não só por se tratar de casos contenciosos contra Estados americanos, mas também pela importância crescente da jurisprudência internacional no âmbito interno dos Estados e na interpretação dos direitos reconhecidos no direito internacional dos direitos humano, em geral, e daqueles previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em geral.” (HUERTA, Mauricio Iván de Toro. El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. X, p. 49-93, 2010. p. 52).

⁵⁰⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 122.

⁵⁰¹ HUERTA, Mauricio Iván de Toro. El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. X, p. 49-93, 2010. p. 54.

⁵⁰² APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 199.

menores de 14 anos, situação em que o Código Penal prevê uma presunção de vulnerabilidade para fins de punição. Naquele caso o STJ decidiu que consenso das vítimas menores de 14 e o fato delas estarem exercendo habitualmente a prostituição gerou o falseamento da realidade para o acusado, e conseqüentemente tornou a conduta atípica. Para Appio, um dos maiores equívocos da decisão foi não ter realizado o controle de convencionalidade. Pois a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU (Decreto 99.710/1990) e seu Protocolo Facultativo (Decreto 5.007/04)⁵⁰³ destacam papel do Estado brasileiro oposto ao que decidiu o STJ. Na medida em que o STJ absolveu acusado sob aqueles pressupostos, teria descumprido o tratado internacional de direitos humanos que obriga o Estado brasileiro a proteger as crianças e desestimular a prostituição. Segundo Appio, a decisão do STJ não fez o controle de convencionalidade, nem debateu a incidência das convenções citadas.⁵⁰⁴ Ao contrário, a decisão judicial absolveu um acusado mediante fundamentação que ignora a convencionalidade, sem controle de convencionalidade. Mas controle de convencionalidade deveria haver em face da decisão, que pode ser classificada como inconvencional e por isso anulada via controle de convencionalidade nacional de prática estatal.

Um último exemplo pode ser extraído do Caso Mohamed vs. Argentina julgado pela Corte IDH em 2012, em que se determinou a existência de recursos eficazes, bem como o direito do réu em ação penal de “recorrer ordinariamente para a instância superior. Nessa circunstância específica, *o sistema recursal penal brasileiro ainda está a merecer as necessárias adequações*, considerando que no ordenamento nacional não há previsão de recurso criminal de caráter ordinário para os tribunais superiores em face das restrições de cabimento insertas nos artigos 102, inciso II, e 105, inciso II, da Constituição, e na legislação processual.”⁵⁰⁵

Sem prejuízos de outros exemplos, há, como se viu, efeitos notáveis derivados do controle de convencionalidade que se distanciam da mera aplicação de normas convencionais.

⁵⁰³ “Art. 34 -Os Estados Partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: a) o incentivo ou a coação para que uma criança se dedique a qualquer atividade sexual ilegal; b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.”

“Art. 1º - Os Estados Partes proibirão a venda de crianças, a prostituição infantil e a pornografia infantil, conforme disposto no presente Protocolo.”

⁵⁰⁴ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 191-201.

⁵⁰⁵ VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALLE, Siddharta (Coords.). **Jurisdição constitucional e Direito Constitucional Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 174.

O tema vai muito além de uma preferência terminológica ou modismo. Há consequências práticas importantes em levar a sério o controle de convencionalidade como uma técnica inovadora e sem paralelo até então no sistema jurídico brasileiro. Nesse caminhar, àqueles que sustentam a existência de mero dever de aplicar as normas convencionais oriundo da CADH (a exemplo da tese da mera “garantia dos tratados”⁵⁰⁶), com obediência sempre ao princípio *pro persona* e preservação da norma mais favorável, a resposta mais objetiva possível é de que instauram um falso dilema. Eles, ao refutarem o controle de convencionalidade acabam confirmando a pertinência da técnica, porque em termos práticos e operacionais, optar pela norma mais favorável ou menos restritiva com fundamento no *pro persona* termina por, senão invalidar, no mínimo *afastar* uma outra norma menos favorável ou mais restritiva – situação essa que em caso de antinomia corresponde a um tipo de controle de convencionalidade. Apenas aplicar o *pro persona* para escolher uma entre várias normas termina por deixar de lado as hipóteses em que uma norma pode contrastar com a outra de modo inconciliável.

1.2.2.6. Resposta ao alegado fomento de insegurança jurídica

Os autores que apontam instabilidade gerada pelo controle de convencionalidade nacional e insegurança jurídica não estão de todo errados. O controle de convencionalidade é, não se nega, desestabilizante da perspectiva hegemônica de sistema jurídico.

Mas a incerteza que lhe acompanha é fator inescapável atualmente, posto que o sistema jurídico mundial possui múltiplas fontes e tem uma complexidade incompatível com a ausência de riscos e segurança jurídica total.⁵⁰⁷ Se enganaria, inclusive, quem pensasse que o estabelecimento dessa nova ordem jurídica mundialmente relacionada e unificada nos direitos humanos seria simplificadora do(s) já caótico(s) sistema(s) jurídico(s). Ao reverso, as novas formas de relacionamento normativo e técnicas de aplicação e interpretação complexificam o Direito. No entanto, o aumento de complexidade não deve ser temido, antes domado e estudado a fim de propiciar novas formas de entendimento da instância jurídica. Como lembra Legale, “como incerteza, complexidade e imprecisão são inerentes à própria vida, essa nova lógica com a qual se constrói o direito comum ensina aos juristas como dominar o fenômeno jurídico com mais atenção e rigor.”⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013.

⁵⁰⁷ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 240.

⁵⁰⁸ LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013. p. 121.

Mais que unificar o Direito, o Direito comum mundial (e mesmo o *ius commune* latinoamericano) pretende, a partir dos direitos humanos, “aproximar ou harmonizar os sistemas” e normas diferentes. Essa perspectiva rejeita a hegemonia, assimilação e subjugação de Estados, ao mesmo tempo que preserva as singularidades de cada Estado.⁵⁰⁹

O conjunto de normas mundial esperado de um Direito mundial é vasto e plural. Nega as concepções clássicas de sistemas jurídicos fechados e opostos sobretudo às antinomias. Essa aparente anarquia da proliferação normativa mundial, a falta de hierarquia rígida, o caráter indeterminado das normas internacionais de direitos humanos e a ausência de sanções (muito próximo do *soft law*) não são necessariamente fraquezas do ordenamento mundial.⁵¹⁰ Pelo contrário, são as características do ordenamento comum que, acompanhadas de interpretação coerente e harmoniosa, representam qualidades e a forma de ser da nova configuração jurídica do mundo.⁵¹¹

Diante de uma norma que viola um direito humano, essencial à vida digna, o controle deve acontecer e afastar norma de qualquer hierarquia. Não há abstração alguma aqui: a preservação dos direitos essenciais à vida digna, conforme definidos em tratados internacionais de direitos humanos, devem ser preservados e priorizados. Trata-se, no plano teórico, de uma escolha entre preservar os direitos humanos ou a segurança e estabilidade do sistema jurídico. A opção, assim se entende, é de priorização do ser humano frente ao equilíbrio e preservação da estrutura do sistema jurídico. O controle de convencionalidade nacional aumenta o patamar de proteção dos direitos humanos, apesar das dúvidas ainda nele envoltas. Assim, há mais vantagens em recepcioná-lo do recusá-lo.⁵¹²

Mas as críticas à insegurança jurídica vão além, como visto acima. Quanto à natureza dos tratados internacionais, sua multiplicidade nas distintas matérias que regulam mostra que os críticos estão certos ao apontar a dificuldade de estabelecer um critério de identificação do que é um direito humano, sujeito a regime mais protetivo. Dificuldade, portanto, de estabelecer o parâmetro do controle de convencionalidade.

⁵⁰⁹ LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013. p. 121-123.

⁵¹⁰ A doutrina da convencionalidade talvez represente uma mudança maior no Direito do que simplesmente uma nova técnica. Quando a Corte IDH condena um Estado, ela depende da colaboração desse Estado via controle de convencionalidade nacional para implementar a condenação e para evitar novos processos internacionais. Mas não deve ser o temor da responsabilidade internacional o motor do controle de convencionalidade. Deve ser a compreensão do dever de aplicar o Direito de acordo com o *pro persona* e conforme as limitações à soberania que o Estado se autoimpôs. A teoria é inovadora na medida em que guarda uma semente de um novo Direito, e inaugura a perspectiva de um Direito sem sanção como possibilidade. Esse, entretanto, é tema para outro estudo.

⁵¹¹ LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013. p. 112-114.

⁵¹² LATORRE, Álvaro Mesa. El control de convencionalidad: un acto racional o irracional? **Estudios Constitucionales**, a. 16, n. 1, p. 129-166, 2018. p. 150.

Nesse sentido, seria inocente pensar que a caracterização de um litígio só admite uma solução ou resposta correta. Há várias formas de caracterizar um mesmo conflito (como de direito contratual, real, obrigacional, familiar, direito humanos, direitos fundamentais, etc). Várias vezes o enquadramento em uma área é que vai definir o resultado da questão, o que leva ao problema da manipulação, quiçá até mesmo pelo juiz.⁵¹³ Nada disso exclui a necessidade de classificação, com exclusão das demais *possibilidades* para o caso. É uma postura que recusa a ontologização dos assuntos, abrindo-se a diversas possibilidades sem nelas se perder em detrimento de uma *solução*⁵¹⁴, em regra a que melhor se amolda aos seres humanos interessados na decisão. Afinal, uma *solução* é necessária.⁵¹⁵

Ou seja, os casos concretos demandam soluções concretas e pontuais que só a propositura de técnicas, como o controle de convencionalidade, podem resolver concretamente, fazendo prevalecer uma ou outra solução normativa. Ao tratar das técnicas de resolução de conflitos entre leis no Direito Internacional Privado diante de questões judiciais que envolvem diferentes culturas e múltiplas soluções a um conflito internacional, Karen Knop, Ralf Michales e Annelise Riles reconhecem o problema da manipulação da interpretação pelos partícipes de um processo. Embora essas e outras críticas sejam pertinentes, elas ignoram que os operadores da técnica estão “cientes das limitações de suas ferramentas, de modo que as críticas ignoram o criativo paradoxo da argumentação por conflitos como autoconsciente impossível.”⁵¹⁶

A disciplina faz constante crítica da técnica, e ao reconhecer a inexistência de uma verdade ou solução única, não ignora seu potencial e operacionalidade, pois no final das contas é preciso *decidir*.⁵¹⁷ É preciso apenas chegar ao consenso de que uma vez definida uma norma como de direitos humanos, ela possui natureza privilegiada e cabe ao operador do

⁵¹³ “Conflito de leis é dificilmente ingênuo sobre esses desafios e limitações (...) Pelo contrário, quase todo livro de conflitos obrigatoriamente dirige o aluno através da manipulabilidade da doutrina, as ligações duplas e a multiplicidade da regras.” (KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. From multiculturalism to technique: feminism, culture, and the conflict of laws style. **Stanford Law Review**, v. 64, p. 589-, mar. 2012. p. 645).

⁵¹⁴ KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. From multiculturalism to technique: feminism, culture, and the conflict of laws style. **Stanford Law Review**, v. 64, p. 589-, mar. 2012. p. 634-636.

⁵¹⁵ KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. From multiculturalism to technique: feminism, culture, and the conflict of laws style. **Stanford Law Review**, v. 64, p. 589-, mar. 2012. p. 640.

⁵¹⁶ KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. From multiculturalism to technique: feminism, culture, and the conflict of laws style. **Stanford Law Review**, v. 64, p. 589-, mar. 2012. p. 645.

⁵¹⁷ “As demandas conflitantes impostas sobre mim pelo Outro e pelo terceiro requerem comparação, cálculo e ponderação, os procedimentos do raciocínio, justificação e a lei.” (...) “Toda ponderação, ao reduzir a singularidade, constitui um ato de injustiça, e toda comparação do incalculável é violenta. A injustiça jamais é removida da ação da lei do Estado e da implementação legal dos direitos humanos.” (DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 358).

controle de convencionalidade interpretá-la para dar a melhor solução ao conflito, à luz do DIDH.

1.2.2.7. Síntese das respostas às críticas

Em defesa da utilidade e pertinência do controle de convencionalidade, sintetizam-se as respostas às críticas na seguinte sequência:

(i) O controle de convencionalidade criado jurisprudencialmente não é inteiramente compatível com os princípios do Direito Internacional Público e Direito dos Tratados, mas isso não lhe retira legitimidade, pois se apoia em lógica de operação distinta, que toma em conta os princípios do DIDH, especialmente a busca da maior efetividade e primazia das normas de direitos humanos;

(ii) O controle de convencionalidade não tem previsão expressa, mas sua origem jurisprudencial não é um problema incontornável. Trata-se de uma técnica criada a partir da interpretação evolutiva/literal-histórica da CADH para efetivar direitos humanos e contornar o déficit estrutural e orçamentário da Corte IDH, que no desenvolvimento da doutrina respeita o princípio da subsidiariedade e mantém prioridade decisória ao Estado nacional, em que localizado a soberania, para primeiro aplicar e controlar a convencionalidade das normas e práticas estatais;

(iii) A Corte IDH possui competência para interpretar a CADH e declarar mutações convencionais, como a que propiciou o controle de convencionalidade. Apenas deveria ser mais clara e coerente no desenvolvimento da sua proposta, bem como aberta a um diálogo verdadeiro com os países integrantes do SIDH, o que legitimaria em maior medida o emprego e desenvolvimento da técnica nacionalmente;

(iv) Nos arts. 1 e 2 da CADH estão contidas as expressões que permitem o desenvolvimento normativo da técnica, não sendo absurdo cogitar que o texto permite a criação da técnica ao determinar aos Estados a utilização de *qualquer medida* necessária à efetivação dos direitos humanos.⁵¹⁸ É competência da Corte IDH interpretar a CADH, e o controle de convencionalidade não é inovador a ponto de extravasar os limites semânticos do tratado;

⁵¹⁸ “Esse processo de definição de noções ‘indefinidas’ teve como consequência, de maneira evidente, estender o campo de aplicação da CADH.” (BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 122).

(v) A relativização da soberania não se confunde com anulação da soberania, e o Estado brasileiro aceitou solenemente a competência interpretativa e contenciosa da Corte IDH via Decreto n. 4.463/2002, precedido do Decreto Legislativo n. 89/1998, inclusive para criação de técnicas voltadas à proteção e efetivação máxima e progressiva dos direitos humanos. O controle de convencionalidade, por sua vez, pressupõem uma hierarquia supraconstitucional dos tratados que é apenas relativa, pois são priorizados critérios de resolução de conflitos que tomam em conta a norma mais favorável ou menos restritiva na solução de problemas concretos;

(vii) Os Estados que não concordam com o controle de convencionalidade podem denunciar a CADH, sendo que esta é uma opção válida mas sem efeitos internos para o Estado brasileiro enquanto estiver sob a égide da Constituição de 1988;

(viii) O déficit democrático da Corte IDH não é crítica suficiente para anular suas decisões e criações jurisprudenciais. O constituinte brasileiro determina privilegiar os direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º) e incitou o Estado a aderir à Corte IDH como um tribunal internacional de direitos humanos da máxima importância (art. 7º do ADCT);

(ix) A insegurança jurídica que uma técnica inovadora implanta deve ser remediada com regulação, sendo inviável o abandono de uma técnica que comprovadamente permite patamares maiores de proteção dos direitos humanos e evitar violações, com alterações de interpretação de normas, revogação de normas e anulação práticas contrárias às interpretações mais benéficas de normas cuja natureza seja de direitos humanos;

(x) A Corte IDH não impõe um modelo único de controle de convencionalidade, e cabe a cada Estado dizer como acontecerá o exercício da técnica. Enquanto o Estado não regula o controle de convencionalidade (preferencialmente por lei), a definição de seus contornos é estabelecida pelas mãos de acadêmicos e agentes públicos no conjunto jurisprudencial das suas decisões administrativas e judiciais;

(xi) A técnica é bastante recente para cancelá-la ineficiente, e os poucos exemplos trabalhados mostram que tem impactos benéficos aos seres humanos destinatários da proteção convencional.

Postas as respostas, evidencia-se o enfrentamento de argumentos em prol da construção de sistemas de direitos humanos mais eficientes e protetivos. Se o controle de convencionalidade contribui para esse propósito, não pode ser afastado, mas aperfeiçoado. Seu sucesso dependerá do grau de receptividade nos sistemas jurídicos nacionais, o que

depende de vontade política dos Estados signatários de tratados.⁵¹⁹ A criação jurisprudencial da Corte IDH é uma aposta arriscada, que busca nos últimos anos consolidação como Direito consuetudinário. A consolidação da doutrina depende da capacidade da Corte IDH de fazer com que os países signatários recebam com aceitação e legitimidade suas sentenças, o que também passa pela recepção da doutrina pelos tribunais nacionais,⁵²⁰ notadamente as Cortes Superiores. Mesmo o mais contundente crítico do controle de convencionalidade reconheceu que não há como erradicar o sucesso que a expressão controle de convencionalidade ganhou nos últimos anos, sendo necessário, apesar disso, maior rigor jurídico para adequar o instituto aos sistemas constitucionais, para não atribuir competências arbitrárias e efeitos que só terminariam por aumentar a já apontada insegurança jurídica.⁵²¹ O próximo subcapítulo buscará detalhar a operacionalização do controle de convencionalidade para mitigar a insegurança jurídica que a proposta da Corte IDH gera em sua vagueza.

1.3. Aspectos operacionais do controle de convencionalidade no Direito brasileiro

Justificada a pertinência, utilidade e legitimidade da técnica de controle de convencionalidade por agentes estatais, ou seja, justificado o controle de convencionalidade nacional, passa-se a detalhar como é operacionalizado no ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro plano, será demonstrado por quais razões o controle de convencionalidade não se confunde com o controle de constitucionalidade, muito embora as técnicas se assemelhem em algumas de suas características. Em segundo plano, será demonstrado em termos gerais como efetivamente funciona a técnica, com destaque para o material controlado, o paradigma de controle e os principais efeitos gerados pela declaração de inconvencionalidade de normas e práticas estatais.

1.3.1. Distinções e pontos de contato entre controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade

⁵¹⁹ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 218-219.

⁵²⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 131-132.

⁵²¹ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 125.

Não é incomum identificar o tratamento acadêmico do controle de convencionalidade ao lado do controle de constitucionalidade.⁵²² A corrente que defende o paralelismo entre controle de constitucionalidade e de convencionalidade, segundo Daniel Wunder Hachem, apoia-se na interpretação de que “de acordo com a jurisprudência da Corte IDH, os órgãos estatais deveriam realizar o controle de convencionalidade ‘no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes’, e por essa razão só poderiam exercer o controle repressivo de convencionalidade – deixando de aplicar normas inconvenientes – os órgãos ou agentes dotados de competência para desempenhar o controle de constitucionalidade.”⁵²³ O paralelismo das técnicas (e mesmo a dependência que se estabeleceu desse em relação àquele) se explica também pela assimilação histórica entre direitos fundamentais constitucionais e direitos humanos⁵²⁴, para amplo espectro da doutrina integrados a um bloco de constitucionalidade que serviria de parâmetro de controle de validade de normas. Por isso, o Direito Constitucional assumiu a tarefa de estudar e explicar o controle de convencionalidade, o que levou àquela assimilação.⁵²⁵ Na jurisprudência internacional, a equiparação entre controle de constitucionalidade e de convencionalidade tem origem nos votos separados do juiz Sérgio García Ramírez, quando integrava a Corte IDH. Foi essa identificação que teria autorizado compreender como possível um controle também *difuso* (nacional, conforme a classificação ora adotada) de convencionalidade, quando na verdade os primeiros votos apenas assemelhavam as técnicas em relação ao controle concentrado de constitucionalidade.⁵²⁶ A equiparação entre os controles de convencionalidade e constitucionalidade seria característica marcante da pretensão da Corte IDH em se apresentar como um tribunal regional constitucional⁵²⁷, uma leitura possível do fenômeno da

⁵²² FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁵²³ HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207–257, 2021. p. 240-241.

⁵²⁴ No estudo do regime dos direitos fundamentais, Jorge Miranda pontua que: “Existe um vínculo muito estreito entre institucionalização da comunidade internacional e a proteção internacional dos direitos do homem. Só a existência de instituições e órgãos internacionais, com autoridade acatada pelos Estados, propicia, em última análise, uma plena garantia dos direitos do homem em face desses mesmos Estados.” (MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 43).

⁵²⁵ BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 138/143.

⁵²⁶ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 69.

⁵²⁷ É a tese de Legale, para quem “a própria Corte IDH percebe a si própria como uma espécie de Tribunal Constitucional Transnacional, responsável por exercer um controle concentrado de convencionalidade.” Segundo o autor, “tal conclusão tem três eixos: (i) a equiparação da CADH com uma Constituição Transnacional de direitos humanos; (ii) a realização de um controle concentrado de convencionalidade pela Corte IDH e difuso no plano interno dos Estados; e (iii) a proteção de grupos vulneráveis.” (LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 192).

internacionalização do Direito Constitucional.⁵²⁸ A técnica, internacional pela Corte IDH e nacional pelos tribunais judiciais, principalmente mas não só, e as posições da Corte nas últimas décadas⁵²⁹, demonstram a aproximação da jurisprudência interamericana com as doutrinas do controle de constitucionalidade e com a proposição de uma supremacia normativa da CADH em matéria de direitos humanos a exemplo do que seria uma Constituição.⁵³⁰ Assim, para alguns estudiosos haveria até mesmo uma *equivalência* do controle de convencionalidade com o de constitucionalidade.⁵³¹ Nesse sentido, as aproximações são constantes na apresentação das duas técnicas, a ponto de os que equiparam ambas defenderem que se o órgão responsável pela declaração de inconvencionalidade tem, no sistema de controle de constitucionalidade, competência para expulsar normas jurídicas do ordenamento – declarar a inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* -, por analogia poderia haver a expulsão por inconvencionalidade declarada pelo mesmo órgão que por isso é classificado como *competente*.⁵³² Integrantes dessa corrente chegam a defender que enquanto não há adaptação do sistema normativo que viabilize de modo seguro como fazer o controle de convencionalidade nacional, se aplicariam a esta técnica as regras do controle de constitucionalidade por analogia.⁵³³

Mas a assimilação é problemática.⁵³⁴ Enquanto a teoria do controle de constitucionalidade, seja qual for a espécie (difuso ou concentrado), guarda uma mesma finalidade de preservação da supremacia constitucional e varia apenas quanto ao órgão que o

⁵²⁸ DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *et al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 544-547.

⁵²⁹ Hitters, por exemplo, entende que a Corte IDH se comportou como tribunal constitucional nos Casos Barrios Altos, Tribunal Constitucional do Peru, e La Cantuta, ao por conta própria *anular* leis de anistia com efeitos *erga omnes*. (HITTERS, Juan Carlos. El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional. Cláusula Federal). **Estudios constitucionales**, a. 10, n. 2, p. 535-574, 2012. p. 543).

⁵³⁰ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 47/66.

⁵³¹ RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Mexico-DF, n. 29, p. 163-218, jul./dez., 2013. p. 207.

⁵³² SAGUES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 128.

⁵³³ MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 476.

⁵³⁴ “A construção de uma teoria como a da *convencionalidade* a partir de figuras tão distintas em natureza só demonstra desconhecimento de aspectos essenciais do Direito Internacional Público e/ou do Direito Constitucional, pois quem tenha isso claro, saberá que são duas operações jurídicas distintas e que só a partir de observações muito gerais se lhes pode assemelhar substancialmente.” (CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 74).

realiza e efeitos, a teoria do controle de convencionalidade varia em tudo na explicação que tenta diferenciar o controle “concentrado” do “difuso” (internacional e nacional, para a classificação nesta tese adotada): não coincidem os órgãos, não coincidem os fins, não coincidem os efeitos, não coincidem os sistemas em que se exercitam, não coincidem as normas objeto do controle.⁵³⁵ Entre controle de constitucionalidade e convencionalidade a “única similitude real (...) é que ambos têm uma norma suprema ou base para avaliar tudo o que se encontra debaixo desse sistema.”⁵³⁶ As técnicas, portanto, não se confundem, sendo o controle de convencionalidade um “instrumento complementar e auxiliar do controle de constitucionalidade”⁵³⁷, ou ainda um “mecanismo complementar e coadjuvante ao controle de constitucionalidade”.⁵³⁸

O controle de convencionalidade se diferencia do controle de constitucionalidade pelo menos quanto: (i) aos órgãos competentes para sua realização; (ii) ao parâmetro de controle.⁵³⁹

1.3.1.1. Distinção quanto aos órgãos competentes para controle de constitucionalidade e convencionalidade

No Brasil, em relação aos órgãos competentes para realizá-lo, o controle de constitucionalidade é exercitado difusa ou concentradamente pelos Tribunais Judiciários, com procedimentos e efeitos distintos a depender da instância judicial em que a questão é julgada ou do meio de impugnação utilizado.⁵⁴⁰ Salvo o reconhecimento do controle de constitucionalidade preventivo pelo Poder Legislativo ou no exercício do veto pelo Chefe do

⁵³⁵ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 69-73.

⁵³⁶ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 74.

⁵³⁷ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 111.

⁵³⁸ LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 127.

⁵³⁹ “(...) o controle interno de convencionalidade é difuso, concreto, seu parâmetro de controle são certos tratados de direitos humanos e a jurisprudência interamericana, e seus efeitos são a anticonvencionalidade ou inconvencionalidade da norma interna que contradiz o plexo convencional internacional. O segundo, o controle de constitucionalidade, é, segundo o modelo de justiça constitucional adotado, um controle difuso realizado por todos os juízes nacionais ou concentrado em uma Corte ou Tribunal Constitucional, abstrato ou concreto, cujo parâmetro de controle é a Constituição, e seus efeitos são a inaplicação ou invalidação da norma infraconstitucional que contradiz ou infringe a Carta Fundamental.” (VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 119).

⁵⁴⁰ CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 80.

Poder Executivo⁵⁴¹, a competência para exercício de controle de constitucionalidade por outras funções de Estado é polêmica, como se demonstrará adiante no capítulo 2. Já quanto ao controle de convencionalidade, a falta de regulamentação interna sobre quem é competente para exercê-lo obriga por ora a recepcionar a jurisprudência da Corte IDH em coerência com a interpretação *pro persona*, permitindo-se defender a competência de toda autoridade pública para praticá-lo. Nesse aspecto, quando são analisadas as competências dos órgãos de Estado para exercer o controle de convencionalidade, o adequado é interpretar as competências como vinculadas em razão da matéria, função e território dos responsáveis pelo controle. Ou seja, não se deve falar de exercício de controle de convencionalidade segundo as competências para exercício de controle de constitucionalidade,⁵⁴² o que termina somente por gerar confusão e inconvenientes. Por exemplo, embora Humberto Nogueira Alcalá diferencie o controle de constitucionalidade do de convencionalidade, o autor defende que apenas nos países em que se autoriza controle difuso de constitucionalidade aos juízes é que o controle difuso de convencionalidade seria autorizado àqueles mesmos juízes.⁵⁴³ A confusão e inconveniente em equiparar as técnicas, nesse caso, impedem a utilização ampla do controle de convencionalidade baseada em uma analogia que protege *menos* o ser humano.

As diferentes manifestações do controle de convencionalidade dependerão das regulações internas de cada país quanto à competência reservada a cada juiz ou agentes públicos. O que, todavia, independe das regras reguladoras do controle de constitucionalidade,⁵⁴⁴ sob pena de aceitar uma analogia prejudicial ao que é mais protetivo ao ser humano.

Para Allan R. Brewer-Carías o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade podem até se assemelhar em alguma medida. Porém é impositivo desassociá-los quando se trata de selecionar a quem compete cada uma das técnicas. Para o autor, que limita sua análise ao Poder Judiciário, *todos* os juízes e tribunais internos têm competência para realizar o controle de convencionalidade. Na América Latina há: (a) os

⁵⁴¹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 78.

⁵⁴² BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo. In: MENDIBLE, Victor Hernández; MORENO, José Luis Villegas (Coord.). **Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia**: liber amicorum al professor José Araujo Juárez. Caracas: CIDEP/CERECO, 2018. p. 259-318.

⁵⁴³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: Fundap, 2012. p. 355.

⁵⁴⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 127.

Tribunais Constitucionais fora ou dentro do Poder Judiciário, que realizam só controle concentrado de constitucionalidade ou que realizam controle concentrado e também difuso⁵⁴⁵; (b) as Cortes Supremas de Justiça, que realizam só controle concentrado de constitucionalidade ou que realizam controle concentrado e também difuso; (c) juízes singulares e tribunais que realizam controle concentrado de constitucionalidade; e (d) juízes singulares e tribunais que realizam controle difuso de constitucionalidade. Todas essas combinações do sistema de controle de constitucionalidade são, segundo o autor, possíveis e dependem de cada sistema jurídico e de seu histórico constitucional. Mas para fins de atribuição de competência para o controle de *convencionalidade*, o fato de a configuração ser uma daquelas para o controle de *constitucionalidade* deveria ser irrelevante. As duas modalidades são “dois processos distintos, de maneira que em nenhum caso se pode considerar o controle de convencionalidade como um controle de constitucionalidade, particularmente porque quando se exerce na ordem interna, sua fonte não se encontra na Constituição dos respectivos países, mas na Convenção Americana como integrante que é desse bloco de constitucionalidade ou nos demais tratados e convênios como integrantes do bloco de legalidade.”⁵⁴⁶

No sistema brasileiro há um exemplo de fácil apreensão que mostra quão radicalmente distintas são as técnicas no que toca seu procedimento e competência para exercício. No Brasil, como não há na Constituição cláusula de reserva de plenário para declaração de inconvencionalidade, tal como há no art. 97 para a declaração de inconstitucionalidade, “qualquer órgão fracionário de Tribunal deve e pode declarar expressamente a inconvencionalidade de lei ou ato normativo do poder público.”⁵⁴⁷ É essa a interpretação que melhor socorre o ser humano, em atenção ao princípio *pro persona*, e que se alinha com o entendimento do art. 97 da Constituição acerca do próprio controle de

⁵⁴⁵ Ao comentar sobre o controle de convencionalidade no Panamá, Thiago Oliveira Moreira lembra que lá os tratados são reconhecidamente parte do bloco de constitucionalidade. Por outro lado, o país só admite o controle de constitucionalidade concentrado pelo Pleno da Corte Suprema de Justiça. Então, como aos juízes panamenhos não é permitido o controle difuso de constitucionalidade, também não caberia a eles o controle “forte” de convencionalidade. Conclui, a partir disso, que com “exceção do Pleno da Corte Suprema de Justiça, as demais autoridades, jurisdicionais ou não, somente terão competência para o exercício do controle fraco de convencionalidade, ou seja, devem afastar a interpretação contrária ao direito internacional dos direitos humanos, ainda que não possam invalidar a norma. Caso a interpretação conforme não seja possível, só resta levar o caso ao Pleno da Corte.” MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelos tribunais latino-americanos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 590).

⁵⁴⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 128-129.

⁵⁴⁷ MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 476.

constitucionalidade. Afinal, em função da regra do art. 97 da Constituição o controle difuso de constitucionalidade é autorizado aos juízes de primeira instância, enquanto os órgãos fracionários de tribunais (Câmaras e Turmas) não podem declarar inconstitucionalidade, e precisam suscitar incidentes ao Plenário ou Órgão Especial.⁵⁴⁸ Essa linha interpretativa que preserva a literalidade do previsto na Constituição brasileira em nome da supremacia constitucional deve ser empregada para o controle de convencionalidade, de forma que uma das maiores consequências de diferenciar o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade é não aplicar a cláusula de reserva de plenário para o primeiro. Para aquele, não há norma no Brasil que exija quórum qualificado e competência reservada a órgão plenário ou especial de tribunal. Para esse, a regra do art. 97 da Constituição é impositiva.⁵⁴⁹

Outra distinção, importante, é aquela quanto ao conhecimento de ofício pelo magistrado da inconstitucionalidade e da inconvenção. É opinião assente de que a inconstitucionalidade deve ser conhecida de ofício em casos concretos, incidentalmente, *salvo* em sede de recurso extraordinário perante o STF na hipótese em que ausente o prequestionamento.⁵⁵⁰ Orientação semelhante não existe para o controle de convencionalidade de ofício pelo STF, uma vez que independentemente da ausência de discussão sobre a compatibilidade do ato inquinado com tratado nas instâncias inferiores, cabe-lhe garantir, de ofício e independentemente de prequestionamento, a preservação da norma convencional. É que muito embora os outros requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, como o prequestionamento da norma *constitucional* reputada violada (para uma das hipóteses de

⁵⁴⁸ Como destaca Marcelo Semer, “Curiosamente, isso significa que os desembargadores (juízes de segunda instância) não podem aplicar, mesmo no seu colegiado, interpretação que está acessível ao mais jovem juiz ingressante na carreira.” (SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça**: Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 74).

⁵⁴⁹ A conclusão não é pacífica. Recolhe-se exemplo disso em julgado da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, em 2021, suscitou incidente de declaração de inconvenção perante o Órgão Especial daquele sodalício por entender que a verificação da convencionalidade de norma municipal que em tese afronta o direito de acesso em igualdade aos cargos públicos (art. 23.1 da CADH) deve respeitar o art. 97 da CF. O incidente foi denominado, apesar disso, como de inconstitucionalidade, por também haver discussão sobre a constitucionalidade da norma municipal: “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO QUADRO DO FUNCIONALISMO MUNICIPAL. MODIFICAÇÃO DE CARGO CONDICIONADA AO EXERCÍCIO DE CERTA FUNÇÃO. APARENTE INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENÇÃO DA NORMA. APARENTE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 5º, CAPUT E ART. 37, I DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ART. 23.1.C DO PACTO DE SAN JOSÉ, NORMA INCORPORADA PELO DECRETO FEDERAL N. 678/1992. CARGO PÚBLICO QUE VINCULA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O OCUPANTE INDEPENDENTEMENTE DA FUNÇÃO EXERCIDA POR EVENTUALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OU POR MOTIVO DE SAÚDE DO SERVIDOR. ATENDIMENTO DAS PROVIDÊNCIAS CONSTANTES NO ART. 948 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO, JULGAMENTO DO MÉRITO SUSPENSO, INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE SUSCITADO.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 0013596-64.2019.8.16.0131. Julgado em 30 jul. 2021. Publicado em 02 ago. 2021).

⁵⁵⁰ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 105.

cabimento do recurso) devam estar presentes, não está contemplada como condição de admissibilidade daquela espécie recursal a violação a uma norma de tratado de direitos humanos. O que obriga o STF, mesmo em recursos extraordinários, a declarar de ofício a inconvenção de normas sem óbices processuais de qualquer tipo. A preservação do sentido correto das normas de direitos humanos assim exige. Há, portanto, consequências práticas de repercussão em diferenciar um controle de outro, seja na função jurisdicional, como os exemplos deram conta, seja em outras funções de Estado, como oportunamente se demonstrará.

1.3.1.2. Distinção quanto ao parâmetro de controle de constitucionalidade e de convencionalidade

O controle de constitucionalidade exige a verificação de conformidade em relação à “Constituição formal, compreendida como conjunto de princípios e regras, inclusive implícitos.”⁵⁵¹ Na Constituição formal estão inseridos também os tratados de direitos humanos internalizados na forma do art. 5º, § 3º da Constituição.⁵⁵² Por sua vez, o controle de convencionalidade tem como parâmetro de verificação normas de outra natureza, quais sejam, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. No subcapítulo 1.3.2. a seguir será explicada e problematizada a restrição do parâmetro de controle aos tratados de direitos humanos.

Os parâmetros de controle não se confundem. O controle de convencionalidade só se confundirá com o de constitucionalidade e acontecerá imerso nele quando for realizado *pela função jurisdicional* e os tratados de direitos humanos, por uma opção do Estado, fizerem parte do bloco de constitucionalidade do país.⁵⁵³ Ou seja, quando se está tratando de processo

⁵⁵¹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 225-226.

⁵⁵² CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 225.

⁵⁵³ Há quem defenda a possibilidade de um controle concentrado de convencionalidade como prerrogativa do STF, que o realizaria mediante provocação tomando como paradigma de análise as normas de tratados equivalentes a emendas constitucionais, integradas à ordem jurídica interna via procedimento do art. 5º, § 3º da CF (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018). Não se comunga dessa posição, pois como expressam Martins e Moreira, o controle abstrato de convencionalidade pelo STF depende, no Brasil, de alteração constitucional para incluir no art. 103 da CF as ações: direta de inconvenção, declaratória de convencionalidade, e declaração de inconvenção por omissão. A alteração da Constituição nesse sentido permitiria cotejar normas abstratamente com os tratados de direitos humanos, e invalidá-las com efeitos *erga omnes* e eficácia retroativa. Enquanto a alteração não acontece, ao STF compete realizar o controle abstrato de normas a partir de tratados de direitos humanos apenas quando incorporados na forma do art. 5º, § 3º da CF ao bloco de constitucionalidade. Os demais tratados de direitos humanos apenas servem como parâmetro de controle concreto, já que “não são formalmente constitucionais, sendo protegidos tão somente no plano infraconstitucional da lei ordinária.”

judicial e os direitos humanos parâmetro de controle são internamente também direitos fundamentais constitucionais.⁵⁵⁴ Segundo ensina Thiago Oliveira Moreira, “nos países em que os tratados internacionais de direitos humanos integram o bloco de constitucionalidade, o controle de convencionalidade é exercido de modo atrelado ao de constitucionalidade, produzindo os mesmos efeitos e valendo-se dos mesmos instrumentos.”⁵⁵⁵ Não há razão para diferenciar as técnicas nesses casos.⁵⁵⁶ Apenas é preciso ressaltar que nos casos em que houver uma incompatibilidade entre normas do tratado e da Constituição, que resguardam na hipótese a mesma hierarquia, natureza e regime jurídico de aplicação, deve prevalecer a norma mais favorável ou menos restritiva ao ser humano, por aplicação do princípio *pro persona*.

Por outro lado, restringe-se essa equivalência para o exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário, em que há regulação normativa e precedentes judiciais suficientemente estabelecidos sobre o regime de controle de constitucionalidade para a função jurisdicional. Como se verá à frente, quando o controle de convencionalidade é realizado por outras funções, como a administrativa, o fato de um tratado estar ou não inserido no bloco de constitucionalidade brasileiro não serve de elemento distintivo ou limitante das competências do Poder Público para exercício do controle de convencionalidade.

Em outras palavras, para os tratados de direitos humanos com hierarquia constitucional, que integram o bloco de constitucionalidade⁵⁵⁷, quando realizado na função

(MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 477-478).

⁵⁵⁴ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 354.

⁵⁵⁵ MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelos tribunais latino-americanos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 606.

⁵⁵⁶ Sarlet parece entender que a distinção, no mínimo terminológica, se mantém: “O que de fato passa a ser relevante é que a diferença entre tratados com *status* equivalente aos de uma emenda constitucional e os demais tratados, dotados de hierarquia supralegal, nos termos da orientação imprimida pelo STF, reside no fato de que os primeiros passam a integrar o bloco de constitucionalidade, operando como parâmetro tanto de um controle de constitucionalidade como de um controle de convencionalidade.” (SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 55).

⁵⁵⁷ Há uma diferença entre bloco de constitucionalidade do bloco de convencionalidade por sua origem. Conforme Hernández-Mendible este tem origem internacional, e é integrado por “tratados, pactos, convenções, protocolos ou resoluções, assim como princípios gerais e a jurisprudência (...)”. O bloco de constitucionalidade tem origem nacional, formado por normas da Constituição, “princípios constitucionais e as leis constitucionais; que no seu âmbito de regulação abarca os valores e aspectos dogmáticos, os aspectos orgânicos e os meios internos ou nacionais de garantia e proteção dos Direitos Humanos (...)” (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. El control de convencionalidad como expresión de control de constitucionalidad: originalidade y

jurisdicional as soluções técnicas nos casos concretos devem ser as mesmas do controle de constitucionalidade⁵⁵⁸, com destaque para a interpretação *pro persona* em caso de conflitos insanáveis entre normas constitucionais originárias e normas de tratados com hierarquia constitucional. A contradição entre uma norma constitucional e uma norma convencional deve ser resolvida pelo critério *pro persona* da norma mais favorável ou menos limitante, o que supera critérios de resolução de antinomias com base na hierarquia.⁵⁵⁹ Se condenado internacionalmente, o Estado cuja norma constitucional contraste com a CADH pode ser instado a retirar do seu ordenamento a norma menos protetiva e inconveniente. Segundo Alcalá, a recusa do Estado em fazê-lo gera um “estado de coisas inconveniente” ou um “ilícito internacional continuado”.⁵⁶⁰

A título de mero exemplo, mas também a fim de estabelecer um diálogo entre jurisdições⁵⁶¹, o ordenamento jurídico da Colômbia fornece diretrizes das soluções possíveis em situações como essa.⁵⁶² No Estado colombiano os tratados de direitos humanos são integrados ao ordenamento jurídico em nível constitucional. Constituem, assim, parte do bloco de constitucionalidade, e cabe ao Judiciário interpretá-los em harmonia com as normas constitucionais originárias. Uma vez integrados ao bloco, os tratados “servem de critérios para

desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-138, set./dez. 2015. p. 156). Para definição aceita nesta tese, cf. capítulo 1.3.2.1.

⁵⁵⁸ Para quem entende que os tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional, e por isso integram o bloco de constitucionalidade do país, a diferenciação que Maria Setenta faz é importante: “A principal distinção, portanto, entre bloco de constitucionalidade e bloco de convencionalidade está no fato de este último incluir, além dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, a interpretação que deles é feita pelo Sistema Interamericano. O bloco de constitucionalidade é a soma das normas constitucionais (expressas e implícitas) acrescidas dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, da CF/88 (visão mais restrita) ou de todos os internacionais de direitos humanos, mesmo que não incorporados ao ordenamento doméstico pelo rito especial (concepção ampla).” (SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. **Defensoria Pública e controle de convencionalidade**: a instituição e o instrumento para a proteção e promoção dos direitos humanos. Lumen Juris, 2020. p. 59).

⁵⁵⁹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: Fundap, 2012. p. 357-362.

⁵⁶⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: Fundap, 2012. p. 357.

⁵⁶¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012; PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 122.

⁵⁶² Para um panorama da Colômbia: CUBIDES CÁRDENAS, Jaime (Org.). **El control de convencionalidad**: fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.

clarificar o conteúdo e alcance dos direitos e deveres consagrados na Constituição.”⁵⁶³ A integração dos tratados no bloco de constitucionalidade obriga interpretar as normas de mesma hierarquia de modo harmônico e conciliador, com propósito de ampliar o âmbito de garantias do ser humano. A manutenção da unidade normativa é o guia interpretativo nesses casos. Aliás, o tratado quando passa pelo processo de ratificação passa por uma análise de compatibilidade com a Constituição⁵⁶⁴, e assim se presume a ausência de conflitos ou antinomias, que se subsistirem serão resolvidas por técnicas de harmonização.⁵⁶⁵

Salvo a exceção descrita, não bastassem aquelas distinções quanto aos órgãos competentes e parâmetros de controle, a interpretação que assimila o controle de convencionalidade com o de constitucionalidade não é a mais adequada também por outros motivos. Definitivamente, eles são distintos.⁵⁶⁶ Primeiro, porque suas origens históricas são distintas. O controle de constitucionalidade se origina no século XIX, com destaque para o caso *Marbury vs. Madison* de 1803, enquanto o controle de convencionalidade é um fenômeno que se inicia após a 2ª Guerra Mundial e se consolida como técnica jurídica na Corte IDH no século XXI. Segundo, porque o controle de constitucionalidade assegura a supremacia da Constituição, e o controle de convencionalidade assegura a máxima proteção do ser humano (independentemente da hierarquia normativa). Terceiro, porque a natureza das normas que as técnicas visam preservar são distintas. Enquanto o controle de constitucionalidade objetiva a invalidação de normas de *qualquer natureza*, o controle de convencionalidade busca a máxima efetividade de normas cuja natureza é de direitos

⁵⁶³ LÓPEZ, Héctor Hernán Pinzón. Reforma constitucional: límites derivados del control de convencionalidad? **Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas**, v. 8, n. 15, p. 155-174, jan./jun. 2017. p. 171.

⁵⁶⁴ Na relação com a Constituição, um tratado pode ser declarado inconstitucional. Isto é, pode ter sua constitucionalidade analisada a partir de elementos extrínsecos. A inconstitucionalidade extrínseca ou ratificação imperfeita acontece quando alguma regra de competência sobre a sujeição ao tratado internacional é ignorada, como por exemplo a ausência de aprovação congressual. A Convenção de Viena de 1969 prevê no art. 46 que dita nulidade só ocorre quando disser “respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental”. (BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre Direito Internacional e Direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 169). Em sede controle difuso de constitucionalidade a Constituição autoriza o STF a declarar a inconstitucionalidade de tratado em recurso extraordinário (art. 105, III, “b”). Em sede de controle abstrato, cabe controle de constitucionalidade das normas nacionais de aprovação do tratado: decreto legislativo de aprovação, ratificação e decreto executivo de promulgação. A declaração de inconstitucionalidade dessas normas, que impedem a aplicação do tratado internamente, podem desencadear, como lembra Clève, responsabilidade internacional do Estado brasileiro. (CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 212-213).

⁵⁶⁵ LÓPEZ, Héctor Hernán Pinzón. Reforma constitucional: límites derivados del control de convencionalidad? **Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas**, v. 8, n. 15, p. 155-174, jan./jun. 2017. p. 172.

⁵⁶⁶ LATORRE, Álvaro Mesa. El control de convencionalidad: un acto racional o irracional? **Estudios Constitucionales**, a. 16, n. 1, p. 129-166, 2018. p. 146.

humanos apenas. Quarto, porque embora os *compare*, a Corte IDH nunca anunciou que tais controles *correspondem*. Quinto, porque o controle de convencionalidade não é devido porque a CADH foi inserida à Constituição, mas sim porque o Estado optou por ratificar a internalizar a CADH. Um tratado de direitos humanos fazer ou não parte do bloco de constitucionalidade de um país é indiferente para doutrina do controle de convencionalidade.⁵⁶⁷ Portanto, assimilar sempre e em qualquer caso as duas técnicas, ao menos enquanto não há regulação expressa do controle de convencionalidade no plano nacional⁵⁶⁸, não se adequa ao critério interpretativo *pro persona*, pois a pretexto de aplicar uma regulação já existente em nome da segurança jurídica não atenta para um regime que, diante de lacuna, é mais vantajoso para a proteção da pessoa humana.

1.3.1.3. A teoria do duplo controle: os controles de constitucionalidade e convencionalidade não se confundem

Explicadas as diferenças básicas, conclui-se que as obrigações estatais na arena internacional obrigam o “duplo controle ou crivo de direitos humanos”, segundo teorizado por André de Carvalho Ramos. Ao lado do respeito à Constituição, as normas e práticas estatais devem simultaneamente respeitar os tratados internacionais de direitos humanos conforme interpretados pela Corte IDH.⁵⁶⁹ Segundo Flávia Piovesan, a emergência do novo paradigma jurídico teria como característica a recusa do esquema piramidal de ordenamento, e em substituição “o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica”.⁵⁷⁰

A teoria do duplo controle orienta o dever de compatibilidade com aqueles dois núcleos normativos simultaneamente, sob pena de invalidade da norma ou rejeição da prática estatal. Não basta, desde aquela teoria, uma norma ou uma prática ser constitucional. Ela

⁵⁶⁷ PAÚL, Álvaro Diaz. The emergence of a more conventional reading of the conventionality control doctrine. *Revue Générale de Droit*, v. 49, p. 275-302, fev.2019. p. 286.

⁵⁶⁸ No Panamá, onde só se admite o controle concentrado de constitucionalidade, Eduardo J. Mitre Guerra lembra que a doutrina tende a afastar completamente a possibilidade de controle de convencionalidade na função administrativa. Esse entendimento, no entanto, enfraquece a efetividade dos direitos humanos, e deriva de uma equiparação indevida entre as espécies de controle. (Cf. GUERRA, Eduardo J. Mitre. La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 443).

⁵⁶⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 411-413.

⁵⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 118.

também precisa passar pelo filtro da convencionalidade. Sagüés exemplifica com um caso hipotético em que uma determinada Constituição nega o direito de réplica ou resposta. Apesar do que prevê a Constituição hipotética, o Pacto de São José da Costa Rica, a CADH, prevê o direito expressamente no art. 14⁵⁷¹, o que obrigaria o intérprete afastar a Constituição para garantir o direito humano de resposta, mantendo válida, por exemplo, alguma lei infraconstitucional que regulamente diretamente a norma convencional, e a despeito da proibição constitucional.⁵⁷²

Não é sequer necessário aderir às posições mais ousadas a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos para sustentar um duplo juízo de compatibilidade (hierarquia supraconstitucional ou constitucional). Sob o paradigma da jurisprudência dominante do STF a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos, os tratados com *status* supralegal e infraconstitucional já podem servir “ao controle de compatibilidade entre atos do poder público (em especial atos normativos) interno e os tratados de direitos humanos que lhe são superiores, no mesmo passo em que os tratados podem ser submetidos a um controle de constitucionalidade”.⁵⁷³ Em última instância, a escolha brasileira a partir da Emenda Constitucional n. 45/2005 é que faz com que simultaneamente haja o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade. Há um sistema de “dupla compatibilização vertical” de normas no Direito brasileiro.⁵⁷⁴ Em conclusão, o controle de convencionalidade é distinto do controle de constitucionalidade, que tem como parâmetro a Constituição. Essa distinção obriga sempre ao menos um duplo controle pelas ordens internas: constitucional em relação à Constituição e, simultaneamente, convencional em relação aos tratados de direitos humanos.⁵⁷⁵

⁵⁷¹ (CADH) “Art. 14. Direito de Retificação ou Resposta. 1. Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.”

⁵⁷² SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 129.

⁵⁷³ As hipóteses são destacadas na continuidade do trecho: “a) incompatibilidade entre a normativa interna (infraconstitucional) e o tratado aprovado pelo Congresso Nacional, mas simultaneamente compatibilidade com a CF; b) incompatibilidade entre as normas internas e os tratados, mas também inconformidade com a CF; c) compatibilidade com o tratado, mas desconformidade com a CF.” (SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 55).

⁵⁷⁴ MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 469.

⁵⁷⁵ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo

1.3.2. Parâmetro de controle, objeto do controle e efeitos gerais da declaração de inconvenionalidade

Até que sobrevenha regulação, o exercício da técnica do controle de convencionalidade não depende da regulação jurídica do controle de constitucionalidade de um país. Nada impede agentes públicos interditados ao controle difuso de *constitucionalidade* exerçam o controle de *convencionalidade* nacional.⁵⁷⁶ As técnicas, como visto, não se confundem.

Cabe adentrar nos aspectos gerais do exercício do controle de convencionalidade por agentes públicos, não importa qual função exerçam na estrutura estatal. Nesse sentido, primeiro serão listadas as normas parâmetro que servem ao controle de convencionalidade, quais as normas e práticas que são objeto do controle, e quais os principais efeitos de uma declaração de inconvenionalidade. Essa explicação introdutória é fundamental para entender os contornos da declaração de inconvenionalidade pela função administrativa, detalhados no capítulo 2.

1.3.2.1. Normas internacionais parâmetro de controle de convencionalidade: o bloco de convencionalidade

Como pressuposto para compreender uma técnica ainda não regulada nacionalmente, é preciso primeiro detalhar o parâmetro para o controle de convencionalidade. Nessa linha de raciocínio, o controle de convencionalidade é possível em relação a vários tratados direitos humanos, não só a CADH, pois “o bloco de convencionalidade doméstico é mais amplo que o interamericano, uma vez que engloba também os tratados do sistema onusiano.”⁵⁷⁷ Engloba, também, tratados da OIT, por exemplo. Se nos primeiros julgados que trataram do controle de convencionalidade o parâmetro referenciado pela Corte IDH para realização do controle se limitava à CADH e à jurisprudência da própria Corte, em casos seguintes o parâmetro foi

Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: Fundap, 2012. p. 354.

⁵⁷⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 130.

⁵⁷⁷ MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelos tribunais latino-americanos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 607.

expandido.⁵⁷⁸ No Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010) Corte mencionou como parâmetro não só a CADH, mas todo o “bloco de convencionalidade” formado pelos protocolos adicionais⁵⁷⁹ em que se lhe atribui competência jurisdicional: Protocolo de San Salvador, Protocolo Relativo à Abolição de Pena de Morte, Convenção Para Prevenir e Sancionar a Tortura; Convenção de Belém do Pará; e Convenção Sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas. Dito bloco é integrado ainda pela jurisprudência da Corte que interpreta os dispositivos convencionais e pela Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.⁵⁸⁰

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, adotada em Bogotá em 1948, foi, inclusive, objeto da Opinião Consultiva n. 10/1989, em que a Corte IDH a pedido da Colômbia interpretou como válida sua manifestação sobre o sentido dos dispositivos daquele instrumento internacional, de forma que é consolidado seu funcionamento como parâmetro de controle.⁵⁸¹ No Caso Massacre do Rio Negro vs. Guatemala (2012), além dos tratados já listados como *corpus iuris* interamericano, a Corte IDH mencionou como parâmetro também a Convenção Internacional sobre Direitos das Crianças⁵⁸². No entanto, como analisa Viñas, limitou esta a mero instrumento de interpretação da própria CADH.⁵⁸³

Do exposto, o bloco de convencionalidade para a Corte IDH é o conjunto normativo formado pela CADH e seus protocolos adicionais e a jurisprudência da própria Corte IDH,⁵⁸⁴ inclusive aquela formada a partir das suas opiniões consultivas,⁵⁸⁵ bem como por normas de

⁵⁷⁸ Para alguns, o bloco de convencionalidade vai além dos tratados de direitos humanos, e seria formado ainda por “informes, recomendações, opiniões consultivas e resoluciones dos organismos de proteção e promoção dos direitos humanos; principios informadores; e costume internacional”. (LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 130). Não se comunga desse entendimento, pois o que aqueles atos representam, na realidade, é a interpretação fiel de normas convencionais que servem de parâmetro do controle de convencionalidade.

⁵⁷⁹ Os protocolos adicionais são autorizados pelos arts. 76 e 77 da CADH.

⁵⁸⁰ CORTE IDH. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Sentença de 26 nov. 2010. § 44-48.

⁵⁸¹ CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 10/1989. Interpretação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem no marco do art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 14 jul. 1989.

⁵⁸² “Asimismo, la Corte ha afirmado reiteradamente que ‘tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir [...] para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana’”. (CORTE IDH. Caso Massacre do Rio Negro vs. Guatemala. Sentença de 4 set. 2012).

⁵⁸³ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 344-345.

⁵⁸⁴ 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 Juris, 2016. p. 272.

⁵⁸⁵ LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 184.

declarações como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e normas de *ius cogens*. O bloco de convencionalidade serve de paradigma de controle de convencionalidade em face de normas da Constituição, de leis, de atos administrativos e inclusive de decisões judiciais.⁵⁸⁶ Todos os tratados que outorgam alguma competência à Corte IDH⁵⁸⁷ servem, por isso, de parâmetro de controle de convencionalidade internacional. Todos foram internalizados na ordem jurídica brasileira: a CADH (Decreto n. 678/1992), o Protocolo de São Salvador (Decreto n. 3.321/1999), o Protocolo para Abolição da Pena de Morte (Decreto n. 2.754/1998), a Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura (Decreto n. 98.386/1989), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de Belém do Pará (Decreto n. 1.973/1996) e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Decreto n. 8.766/2016).

Mac-Gregor denomina o conjunto desses tratados de *corpus iuris* interamericano⁵⁸⁸, ao qual inclui, conforme já apontado, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e também outros atos internacionais da mesma natureza⁵⁸⁹, na forma prevista no art. 29, “d” da CADH.⁵⁹⁰ Assim, pode-se acrescentar ao *corpus iuris* interamericano ainda: a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis da Mulher (Decreto n. 31.643/1952); a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de

⁵⁸⁶ 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 Juris, 2016. p. 272.

⁵⁸⁷ A Corte IDH até mesmo pode invocar outros tratados não firmados pelos países membros da CADH para destacar comparativamente os modos de regulação dos direitos humanos. O que não pode, jamais, é utilizar outros tratados para impor restrições a direitos que a própria CADH não previu (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 579).

⁵⁸⁸ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 583-584.

⁵⁸⁹ Há quem sustente que outras declarações internacionais também possam servir de parâmetro para controle de convencionalidade: “O controle de convencionalidade em relação ao sistema penitenciário Brasileiro deve encontrar como parâmetro, além da Convenção Americana sobre direito humanos, decisões e medidas provisórias da Corte Interamericana, os ‘Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas’, documento aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos na data 13/03/2008. Embora não constitua uma convenção internacional, mas uma declaração, possui como escopo firmar compromissos entre os Estados, com ênfase em sua obrigação institucional de garantir direitos fundamentais aos indivíduos tutelados, podendo ser usada para clarificar obrigações contidas na Convenção Americana.” (FALCÃO JUNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt. Comprimento de medidas provisórias impostas pela Corte Interamericana no Caso do Complexo Prisional do Curado: desafios do Ministério Público Federal no controle de convencionalidade. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 640-641).

⁵⁹⁰ (CADH) “Art. 29. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Decreto n. 3.956/2001); e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto n. 10.932/2022).

Alves e Leal sustentam que também integra referido *corpus iuris*, além dos tratados já descritos, a Convenção Interamericana contra toda a forma de Discriminação e Intolerância (Convenção de Antigua) e Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos dos Idosos, firmada em Washington em 2015.⁵⁹¹ Mas até o momento nenhuma das duas foi ratificada pelo Brasil.⁵⁹²

Essa lista e bloco são ampliados no controle de convencionalidade nacional, que permite utilizar como parâmetro *qualquer tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil*,⁵⁹³ tanto os que preveem direitos civis e políticos quanto os que preveem direitos econômicos, sociais e culturais. De acordo com a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, “Todos os Direitos Humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados.”⁵⁹⁴ Servem de parâmetro inclusive os tratados de

⁵⁹¹ ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 37-38.

⁵⁹² A internalização Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos dos Idosos encontra-se em tramitação pela Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais (MSC) 412/2017 na Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2158508&ord=1>>. Acesso em 14 nov. 2023.

⁵⁹³ Para Hitters, o controle de convencionalidade também acontece na verificação de compatibilidade de normas nacionais com normas comunitárias, e não só de tratados de direitos humanos (HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 126). Por outro lado, Brewer-Carías entende que há controle de convencionalidade não só a partir de tratados de direitos humanos, mas a partir de qualquer tratado internacional. O que levou o autor a defender a transferência do estudo daquela doutrina do Direito Constitucional para o Direito Administrativo. Para ele o controle de convencionalidade faz mais sentido de ser trabalhado no Direito Administrativo em razão da multiplicidade de tratados que cuida de temas como proteção ambiental, relações comerciais, serviços públicos (saúde, transporte, correios, navegação, etc), combate à corrupção, uso do espectro radielétrico, entre outros temas mais afeitos ao exercício da função administrativa. Segundo o autor, o exercício do controle de convencionalidade que tem como parâmetro tratados desses temas dependerá da hierarquia que cada sistema atribuir a cada tratado. Para os sistemas que atribuem *status* hierárquico de lei aos tratados que não são de direitos humanos, o autor sustenta a utilização de critérios clássicos de resolução de antinomia para solução de contradições entre tratado e lei interna. (BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 139-141). A posição de ambos os autores é ampla demais, e não aceita nesta tese, que limita o controle de convencionalidade aos tratados de direitos humanos e certas declarações internacionais de direitos humanos, como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, e não a qualquer tratado internacional, nem mesmo os comunitários.

⁵⁹⁴ Nesse sentido, conforme Ana Cláudia Santano explica, “não se entende possível usufruir de liberdades plenas (antes consideradas somente a partir da abstenção estatal) sem que exista paralelamente um mínimo de igualdade social, que é possível somente com o agir estatal por meio de políticas públicas.” (SANTANO, Ana Cláudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 77, jul./set. 2019).

direitos humanos ambientais⁵⁹⁵ e outros tratados ratificados cuja finalidade seja o resguardo direto da dignidade humana e por isso sejam classificados como de direitos humanos.⁵⁹⁶

A posição ora externalizada sobre o início da vigência de um tratado de direitos humanos no plano nacional (coincidente com a ratificação) difere daquela manifestada anteriormente⁵⁹⁷ e que é adotada pelo STF expressamente pelo menos desde a medida cautelar da ADI n. 1.480-DF:⁵⁹⁸ a de que não serviriam de paradigma para o controle de convencionalidade nacional os tratados ratificados, mas não incorporados por Decreto presidencial de publicação do texto da convenção. Essa interpretação, porém, não subsiste a uma interpretação à luz do DIDH, calcada no princípio hermenêutico *pro persona*. Não vinga sequer diante da interpretação mais favorável da norma expressa do art. 5º, § 1º da Constituição que obriga a aplicabilidade imediata dos direitos humanos.⁵⁹⁹ Não faz sentido deixar ao alvedrio da Presidência a edição de um segundo ato, seguinte ao depósito do instrumento de ratificação, de mera publicação do texto de um tratado em diário oficial para o fim de reconhecer-lhe vigência e para servir de parâmetro de controle de convencionalidade. Se a Presidência da República, órgão competente, já manifestou sua concordância com o tratado agora vigente no plano internacional via ratificação, só um juízo desproporcional e arbitrário aceitaria a vigência do tratado no plano interno apenas quando houver publicação no diário oficial.

A publicação via Decreto Presidencial deve existir e é meio adequado à satisfação do princípio da publicidade do art. 37, *caput* da CF. Mas não pode servir de requisito ao início da vigência de normas protetivas aos seres humanos, por vezes *mais protetivas*, se o próprio Congresso Nacional já aceitou anteriormente a internalização do tratado. Não pode uma

⁵⁹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 31.

⁵⁹⁶ O Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388/2002), que instituiu o Tribunal Penal Internacional (TPI), é um tratado de direitos humanos, integrante do bloco de convencionalidade dos países que a ele aderiram. O próprio TPI é um tribunal voltado à proteção dos direitos humanos pela via da responsabilização individual dos acusados. “O pertencimento do Estatuto de Roma ao bloco de convencionalidade se revela na função precípua do TPI: trazer justiça e evitar a impunidade de graves violações contra a pessoa humana.” Desse modo, o Estatuto de Roma, por ser um tratado de direitos humanos, serve de parâmetro de controle de convencionalidade. Cabe controlar a convencionalidade de normas internas contrárias às normas do Estatuto de Roma, como por exemplo normas que dificultam a cooperação internacional com o Tribunal Penal Internacional. O Estatuto de Roma dedica o Capítulo IX inteiro às normas de cooperação internacional e auxílio judiciário. (BIAZATTI, Bruno de Oliveira. O controle de convencionalidade como mecanismo para garantir a cooperação dos Estados com o Tribunal Penal Internacional. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 682 e ss.).

⁵⁹⁷ GUSSOLI, Felipe Klein. **Tratados de direitos humanos e Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2022.

⁵⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-DF, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04 set. 1997. Publicado em 18 maio 2001.

⁵⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 162.

tradição sem respaldo normativo algum condicionar a interpretação sobre quando passa a vigor um tratado cujo propósito é alcançar melhores níveis de proteção ao ser humano.⁶⁰⁰

Assim, é ao ratificar uma convenção internacional que o Estado assume como direito interno e parâmetro de controle de convencionalidade o conteúdo de um tratado. Portanto, adere-se à posição da corrente doutrinária que defende que o STF altere a interpretação hegemônica, e com fundamento no art. 5º, §1º da CF passe a reconhecer a aplicação *direta* dos direitos e garantias fundamentais, o que inclui os direitos previstos em tratados ratificados, desobrigando a expedição de Decreto Executivo como requisito para vigência de dispositivos de tratado de direitos humanos.⁶⁰¹ É a mera ratificação do tratado o momento em que surge a obrigação estatal de acolhimento dos direitos previstos internacionalmente.⁶⁰² A partir da ratificação os tratados de direitos humanos têm aplicabilidade imediata segundo o art. 5º, § 1º da Constituição (os tratados internacionais comuns, não)⁶⁰³, sem necessidade de outros atos de internalização.⁶⁰⁴ A ratificação é, portanto, suficiente para incorporar o tratado

⁶⁰⁰ “No Brasil, por força de uma prática adotada desde os tempos do Império, não amparada por qualquer das Constituições, mas ainda assim corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, o início da vigência do instrumento internacional na ordem jurídica interna está sujeito, por força da teoria da incorporação, a uma fase de promulgação instrumentalizada por um Decreto Executivo. Essa praxe, além de potencializar o risco de responsabilização internacional do Estado brasileiro – pela demora, desídia, ou até mesmo pela ausência do decreto de promulgação, vez que sua expedição é discricionária – inviabiliza a utilização do controle interno de convencionalidade por ausência de paradigma.” (MARQUES, Miguel Ângelo. Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, *Ahead of print*, p. 1-21, 2021. p. 14).

⁶⁰¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 162; MARQUES, Miguel Ângelo. Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, *Ahead of print*, p. 1-21, 2021. p. 14-15; SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes: interpretação jusfundamental ‘pro homine’**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2008. p. 25-27.

⁶⁰² FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 137.

⁶⁰³ Apesar de entrar em vigor no plano interno apenas quando for publicado no diário oficial, para Mazzuoli a aplicação dos tratados de direitos humanos já deve acontecer desde a *ratificação* do tratado no plano internacional. Em razão do art. 5º, § 1º da CF, a aplicabilidade dos tratados de direitos humanos é imediata. “A Constituição não diz o que significa *ser parte* em um tratado internacional, mas a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, sim. Segundo o texto de Viena, ser ‘parte’ significa *ratificar um tratado em vigor* (art. 2.º, § 1.º, alínea g); assim, por autorização de uma norma (a Convenção de Viena de 1969) que o Brasil *ratificou* (no ano de 2009) e que *integra a coleção das normas jurídicas nacionais*, e que, além disso, *complementa* o sentido da expressão constitucional ‘seja parte’, é que se entende devam ser os tratados de direitos humanos *imediatamente aplicados* pelo Poder Judiciário, independentemente de promulgação e publicação oficiais.” “Tais tratados (...) continuam dispensando a edição de decreto executivo presidencial e ordem de publicação para que irradiem seus efeitos nas ordens internacional e interna, uma vez que têm aplicação imediata no sistema jurídico brasileiro.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 112-113).

⁶⁰⁴ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 195.

ao ordenamento jurídico brasileiro. A obrigação assumida internacionalmente a partir do ato de ratificação torna obrigatório o tratado internamente também.⁶⁰⁵

Dito isso, a jurisprudência da Corte IDH que interpreta os tratados internacionais de direitos humanos ratificados integra o parâmetro para o controle de convencionalidade nacional.⁶⁰⁶ Para Mac-Gregor a jurisprudência da Corte IDH que serve de parâmetro ao controle nacional de convencionalidade é assimilada a partir de toda decisão emitida, seja sentença, supervisão de cumprimento, decisões de interpretação de sentença, medidas cautelares e até mesmo opiniões consultivas.⁶⁰⁷ No que diz respeito às opiniões consultivas como parâmetro para o controle de convencionalidade, a Corte IDH não se posicionou ainda claramente, o que gera embates doutrinários.⁶⁰⁸ O que existe por ora é a menção, na também Opinião Consultiva n. 21/2014, de que “os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade, *inclusive com base no que lhe é indicado no exercício de sua jurisdição não contenciosa ou consultiva*, que inegavelmente compartilha com sua competência contenciosa a finalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ou seja, ‘a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana’ (...).”⁶⁰⁹ A menção, porém, é isolada. Por isso, para a corrente que diferencia o controle de convencionalidade internacional da mera condenação de um Estado pela Corte IDH por violação a alguma norma internacional, as opiniões consultivas não representariam parâmetro para realização de controle de convencionalidade. Seriam simplesmente a materialização do exercício da função consultiva para adequação dos atos estatais aos tratados, não se confundindo com compatibilização de legislação com a norma internacional.⁶¹⁰

Mas se a Corte IDH é a intérprete privilegiada e final do Pacto de São José, e se as interpretações que realiza são vinculantes, na linha do parágrafo 31 da Opinião Consultiva n. 21/2014⁶¹¹, a conclusão lógica disso é que em todas as oportunidades em que a Corte IDH

⁶⁰⁵ GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 46, p. 1-21, 2017. p. 13-14.

⁶⁰⁶ CORTE IDH. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Sentença de 26 nov. 2010. § 44.

⁶⁰⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 585; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. **Urbe et Ius - Revista de Opinión Jurídica**, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013. p. 39.

⁶⁰⁸ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 347.

⁶⁰⁹ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 21/2014. Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto da migração e/ou com necessidade de proteção internacional. 19 ago. 2014. § 31.

⁶¹⁰ GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 45.

⁶¹¹ LATORRE, Álvaro Mesa. El control de convencionalidad: un acto racional o irracional? **Estudios Constitucionales**, a. 16, n. 1, p. 129-166, 2018. p. 144.

interpreta o tratado devem servir de parâmetro controlador, inclusive em opiniões consultivas.⁶¹² Comunga-se da tese de que as opiniões consultivas também são paradigma de controle de convencionalidade, nacional ou internacional, sem o que não haveria um sistema de controle completo.⁶¹³

As opiniões consultivas da Corte IDH representam a interpretação do tribunal acerca de normas de direitos humanos.⁶¹⁴ As interpretações manifestadas nas opiniões consultivas da Corte IDH “são obrigatórias e (...) há controle de convencionalidade também no exercício da função consultiva, ainda que com algumas peculiaridades.”⁶¹⁵

Não procede a tese de que as opiniões consultivas realizam mera “aferição de convencionalidade”. Essa expressão nunca foi usada pela jurisprudência da Corte IDH, e diferenciar a função consultiva da contenciosa a partir da distinção entre “aferição” e “controle” de convencionalidade apenas serve à fragilização do SIDH. Para Siddharta Legale as opiniões consultivas têm “natureza jurisdicional e vinculante”.⁶¹⁶ São reflexamente vinculantes segundo o autor, porque desalinhar-se da conclusão de uma opinião consultiva pode, reflexamente, gerar responsabilização internacional futura do Estado. Em outros, termos, as opiniões consultivas não responsabilizam diretamente os Estados. Mas tampouco podem ser definidas como de cumprimento facultativo, pois “refletem o posicionamento do órgão de jurisdição internacional, o que deve motivá-los a seguir os entendimentos ali firmados, evitando, inclusive, alguma condenação na via contenciosa.”⁶¹⁷

⁶¹² SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. **Pensamiento Constitucional**, Lima, n. 20, p. 257-283, 2015. p. 278/280-281.

⁶¹³ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 212.

⁶¹⁴ Elas têm “o fim de *auxiliar* os juízes e tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, os Estados também têm a responsabilidade de recepcionar tais pareceres consultivos (chamados no sistema interamericano de *opiniones consultivas*) para aplicação no âmbito de seu direito interno, evitando sejam responsabilizados no plano internacional por violação da Convenção.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 51).

⁶¹⁵ LEGALE, Siddharta. Controle de convencionalidade consultivo? Um estudo em homenagem ao professor Sidney Guerra. In: BUZANELLO, José Carlos; WINTER, Luis Alexandre Carta (Coords.). GUERRA, Caio Grande (Org.). **Um novo Direito: homenagem aos 25 anos de docência no Ensino Superior do Professor Dr. Sidney Guerra**. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 86.

⁶¹⁶ LEGALE, Siddharta. Controle de convencionalidade consultivo? Um estudo em homenagem ao professor Sidney Guerra. In: BUZANELLO, José Carlos; WINTER, Luis Alexandre Carta (Coords.). GUERRA, Caio Grande (Org.). **Um novo Direito: homenagem aos 25 anos de docência no Ensino Superior do Professor Dr. Sidney Guerra**. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 87-89/97.

⁶¹⁷ LEAL, Mônia Clarissa Henning; LIMA, Sabrina Santos. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: análise da Opinião Consultiva 24/2017. **Revista Ius et Veritas**, Lima, n. 61, p. 194-205, dez./2020. p. 199.

Entender diferente seria equiparar a função consultiva da Corte IDH a estudos acadêmicos e doutrinários. Não é esse o caso, tanto mais em razão do que elas representam no SIDH: a) manifestações que visam estabelecer um sistema de entendimento estável sobre os direitos humanos no SIDH, o que só pode vingar acompanhado da força vinculante; b) manifestações que contribuem para a interpretação evolutiva da CADH, pois auxiliam a renovação da interpretação dos direitos humanos sem que para isso seja necessário o julgamento de casos contenciosos.⁶¹⁸

Nesses termos, explica Theresa Rachel Couto Correia em estudo verticalizado sobre a repercussão das opiniões consultivas que “a função consultiva da Corte é uma função judicial e não simplesmente científica, assessora ou moral.”⁶¹⁹ A interpretação *pro persona* orienta a mesma conclusão, pois uma “Corte IDH com opiniões de caráter obrigatório é mais forte para proteger os direitos humanos do que uma Corte que emita opiniões meramente acadêmicas.”⁶²⁰ Portanto, as opiniões consultivas emitidas pela Corte IDH que interpretam dispositivos de tratados de direitos humanos são parâmetros de controle de convencionalidade nacional.

É com o intuito de dar a maior eficácia possível às normas da CADH e outros tratados interpretados que todos os pronunciamentos da Corte IDH devem integrar o parâmetro de controle.⁶²¹ Aqueles instrumentos internacionais *em conjunto com a* jurisprudência da Corte IDH formam o legítimo bloco de convencionalidade a servir de parâmetro para o controle nacional de convencionalidade.⁶²² A posição é correta, pois os dispositivos das convenções de direitos humanos muitas vezes coincidem com normas nacionais previstas em constituições, ou possuem estrutura aberta, o que sem a correlata interpretação que lhes dá a Corte IDH tornaria de pouca valia a invocação do tratado para resolução de um caso concreto.

Nos capítulos 2 e 3 serão demonstradas as hipóteses e critérios para que os agentes públicos durante o controle de convencionalidade nacional *não* seguiam a orientação

⁶¹⁸ LEGALE, Siddharta. Controle de convencionalidade consultivo? Um estudo em homenagem ao professor Sidney Guerra. In: BUZANELLO, José Carlos; WINTER, Luis Alexandre Carta (Coords.). GUERRA, Caio Grande (Org.). **Um novo Direito: homenagem aos 25 anos de docência no Ensino Superior do Professor Dr. Sidney Guerra**. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 87-99.

⁶¹⁹ CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de Direitos Humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 154.

⁶²⁰ LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 43.

⁶²¹ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo**. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 83.

⁶²² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 585.

jurisprudencial da Corte IDH, quais sejam: a identificação de uma interpretação ou norma mais favorável se comparado com a jurisprudência da Corte IDH; ou a identificação via distinção processual de que a jurisprudência da Corte IDH não se amolda à situação concreta enfrentada pela função administrativa.

Além da interpretação internacional que o tribunal competente concede a normas dos tratados de direitos humanos, devem ser utilizados para o controle de convencionalidade os padrões internacionais aplicados à matéria, conforme decidido pela Corte IDH no Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus Membros *vs.* Honduras.⁶²³ De acordo com Mazzuoli, os “padrões internacionais” aplicáveis importam na aplicação do entendimento peculiar a cada matéria objeto de regulação,⁶²⁴ e são o que permitem uma aplicação em respeito ao princípio *pro persona*.

Embora não seja conclusivo, Carbonell busca refletir se outros pronunciamentos de outros órgãos internacionais não deveriam também ter eficácia vinculante, a exemplo dos informes e recomendações da Comissão IDH e as observações gerais de Comitês de Direitos Humanos.⁶²⁵ A reflexão é digna de nota, pois ao menos no SIDH é recorrente a obliteração do papel da Comissão IDH, que também interpreta a CADH e publica informes e recomendações, quase sempre ignorados como parâmetro de controle de convencionalidade. Nesse sentido, David Lovatón Palacios nega a qualidade da Corte IDH de única ou última intérprete da CADH. Tampouco de intérprete oficial. O que existiria para ele no SIDH seria o compartilhamento de competências interpretativas entre Corte e Comissão, aliás não intermediada por relações hierárquicas. A Comissão realiza visitas, faz audiências, faz recomendações, realiza consultas aos órgãos da OEA, e filtra os casos que devem ser levados a processamento internacional, e por isso detém funções mistas. Dado seu papel, suas manifestações também deveriam integrar o parâmetro de controle de convencionalidade. Trata-se de um sistema “bifronte”, em que em última instância é a própria Comissão IDH

⁶²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 36-37.

⁶²⁴ “Assim, num caso envolvendo, *v. g.*, uma *mulher*, que seja *criança*, e também *indígena*, que tenha uma *deficiência* e, além de tudo, seja *refugiada*, deverá o Poder Judiciário controlar a convencionalidade das leis internas aplicando *todos* os padrões internacionais relativos a *cada um* desses temas (direitos das mulheres, das crianças, dos povos indígenas, das pessoas com deficiência e dos refugiados) na resolução desse único caso concreto.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 50-51).

⁶²⁵ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 83.

quem decide *quando* a Corte IDH terá a palavra final acerca de algum tema.⁶²⁶ Assim, por exemplo, nos casos em que não há decisão da Corte IDH sobre determinado tema, mas há manifestação da Comissão (v.g. a partir da competência do art. 51 da CADH)⁶²⁷, esta é que deverá servir de critério para interpretação e controle de convencionalidade interno.⁶²⁸

Não se pode descartar também do conjunto de parâmetros de controle de convencionalidade também as normas de *ius cogens*.⁶²⁹ A CVDT prevê no art. 53 o conceito de “norma imperativa de Direito Internacional geral”, que se confunde com *ius cogens*. No art. 64 prevê a regra de derrogação de *ius cogens* por surgimento de norma superveniente.⁶³⁰ Víctor Bazán entende como normas de *ius cogens* o princípio da igualdade diante da lei e o princípio da igualdade na lei e não discriminação, a proibição de tortura e tratamento degradante, e o direito de acesso à justiça nos âmbitos nacional e internacional. Essas normas não precisam estar previstas em tratados de direitos humanos assinados pelos Estados para obrigá-los.⁶³¹ Normas de *jus cogens* tem precedência sobre normas de tratados inclusive, bem como também têm precedência sobre quaisquer decisões judiciais e normas internas produzidas por autoridades estatais.⁶³² Classificá-las precisamente, no entanto, é um desafio repleto de discussões.⁶³³

Em resumo, a técnica foi desenvolvida pela Corte IDH para compatibilizar a produção normativa e práticas estatais internas com normas convencionais aceitas pelos

⁶²⁶ PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017. p. 1409-1412.

⁶²⁷ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 33-35.

⁶²⁸ PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017. p. 1412.

⁶²⁹ Para Alianak integram o *corpus iuris* convencional no SIDH: a CADH e demais tratados de direitos humanos ratificados por um país; as normas de *ius cogens*, as sentenças da Corte IDH; as interpretações da Corte IDH em medidas provisórias, resoluções de supervisão de cumprimento de sentença e sentenças de interpretação; as opiniões consultivas da Corte IDH; as recomendações da Comissão IDH (art. 51.2 da CADH); os critérios utilizados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de modo a estimular um diálogo jurisprudencial; e os princípios de direitos humanos conhecidos como da universalidade, indivisibilidade, *pro persona*, interdependência, progressividade, *pro actione* e irreversibilidade (ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 33-35).

⁶³⁰ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 104.

⁶³¹ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales**: el control de convencionalidad. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 22.

⁶³² LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 23.

⁶³³ Cf., por todos, FRIEDRICH, Scheila Friedrich. **Normas Imperativas do Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

Estados componentes do SIDH. Estados esses que ratificaram e internalizaram tratados de direitos humanos conforme o procedimento soberanamente definido por cada nação e que, por isso, passaram a aceitar o tratado como norma oponível contra o próprio Estado. Desta forma, servem de paradigma os tratados de direitos humanos ratificados, declarações de direitos humanos como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 e as normas de *ius cogens*, servindo os demais instrumentos e manifestações de Cortes e Comissões internacionais como interpretações autorizadas daquelas normas, e que por isso em regra servem de parâmetro na medida em que revelam os sentidos das normas que obrigam os Estados. Por exclusão, não servem isoladamente de parâmetro para o controle de convencionalidade nacional o costume internacional, as resoluções de organizações internacionais e os atos unilaterais, por serem fontes extraconvencionais de Direito Internacional.⁶³⁴

1.3.2.2. Objeto do controle de convencionalidade: normas e práticas estatais

Entende-se como objeto do controle de convencionalidade não só as normas estatais, mas também práticas estatais. Conquanto haja vozes divergentes⁶³⁵, trata-se, enquanto não regulado nacionalmente, de um controle de normas e práticas estatais de qualquer natureza.⁶³⁶

A distinção entre normas e práticas é extraída da jurisprudência da Corte IDH. Não é habitual nas classificações doutrinárias, que preferem ou incluir no conceito de norma toda prescrição estatal, seja qual for a natureza, ou ainda categorizar as manifestações da Administração Pública como atos administrativos. Porém, como leciona Celso Antonio Bandeira de Mello, não é um problema que exista diversidade na sistematização e

⁶³⁴ MARQUES, Miguel Ângelo. Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, *Ahead of print*, p. 1-21, 2021. p. 9.

⁶³⁵ Uma corrente restrita defende que “somente há controle de convencionalidade quando há declaração de invalidade de ato normativo nacional – de natureza ordinária ou constitucional – frente ao *corpus juris* interamericano” (GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018. p. 38). Mazzuoli parece estar também entre os que restringem o objeto do controle de convencionalidade as normas de direito interno (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 28). Ramos, embora classifique como objeto do controle de convencionalidade “atos internos (comissivos ou omissivos)”, parece limitá-los aos atos normativos. (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 405-406).

⁶³⁶ GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 22.

classificação dos conceitos jurídicos, que se prestam a serem úteis, e não corretos ou incorretos.⁶³⁷

Do ponto de vista da teoria do controle de convencionalidade, é útil distinguir as normas das práticas, pois permite observar a possibilidade do controle de convencionalidade tanto das prescrições do legislador constitucional e ordinário (normas), quanto das prescrições de quaisquer órgãos de quaisquer Poderes de Estado (práticas). É classificação particular, não isenta de críticas, mas que esta tese apresenta com fundamento nos julgados da Corte IDH e que tem o benefício de contemplar indistintamente tanto as normas constitucionais e leis, quanto decisões judiciais e atos administrativos das mais variadas espécies, seja qual for o critério classificatório. O que consegue abranger, portanto, como prática, tanto uma sentença ou acórdão judicial, quanto um parecer em processo administrativo, um decreto, uma portaria, uma instrução, um aviso, um despacho, um ofício, uma certidão, ou mesmo atos materiais, como a realização, por exemplo, de uma aula por docente da rede pública de ensino.

Prioritariamente, o controle de convencionalidade é um controle de compatibilidade normativa.⁶³⁸ Por meio dele o “Estado deixaria de aplicar ou não aprovar normas incompatíveis com os tratados de direitos humanos, bem como editar leis com a devida observância das normas internacionais.”⁶³⁹ Compreende-se nesta tese como norma estatal qualquer ato jurídico prescritivo regulador de condutas produzido por instituições do Estado, de quaisquer dos poderes. Essa conclusão é extraída da jurisprudência da Corte IDH em opinião consultiva em que esclareceu o sentido da expressão “leis” contida na CADH. Na Opinião Consultiva n. 4/1984 requerida pela Costa Rica a Corte IDH esclareceu que “sempre que uma convenção internacional se refira a ‘leis internas’ sem qualificar de forma alguma essa expressão ou sem que de seu contexto resulte um sentido mais restrito, a referência é para toda a legislação nacional e para todas as normas jurídicas de qualquer natureza, incluindo disposições constitucionais.”⁶⁴⁰

⁶³⁷ “Sendo este o processo lógico de formação dos conceitos *que não foram antecipadamente elaborados pela lei como produto pronto e acabado*, pode-se entender porque há *certa* liberdade na composição deles e porque são variáveis conforme o doutrinador que os propõe, sem que disto redunde, necessariamente, o caráter errôneo de um dos conceitos postos em conflito.” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 378).

⁶³⁸ “O exercício do controle de convencionalidade, porém, há de ser *mecânico*, ou seja, efetivado pelo simples cotejo, pela simplória sobreposição de uma norma (internacional) à outra (interna).” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 36).

⁶³⁹ SIMINI, Danilo Garnica; SALA, José Blanes. O controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 363-382, 2021. p. 374.

⁶⁴⁰ CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 4/1984. Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização. Publicada em 19 jan. 1984. § 14.

Foi paulatina a ampliação do objeto do controle de convencionalidade nacional na jurisprudência da Corte IDH. Primeiro mencionara apenas normas jurídicas como objeto do controle de convencionalidade, a exemplo dos Casos Almonacid Arellano vs. Chile (2006); Trabajadores Demitidos do Congreso vs. Peru (2006) e outras 27 sentenças até 2016. Considerou, na linha da Opinião Consultiva n. 04/1984, como norma interna tanto leis e decretos, como a própria Constituição nacional como objeto de controle.⁶⁴¹ Depois, conforme localiza Viñas no parágrafo 180 do Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008)⁶⁴², a Corte IDH definiu como sujeitas a controle também as “práticas internas” contrárias ao *corpus iuris* convencional. A autora exemplifica como “prática interna” as decisões administrativas, que podem, portanto, ser objeto de controle de convencionalidade.⁶⁴³ Além das decisões administrativas, são consideradas “práticas” sujeitas a controle de convencionalidade também as decisões judiciais.⁶⁴⁴ O que não é indene de críticas, seja pela escolha classificatória da Corte IDH, seja pela constante expansão do objeto sujeito a controle: “Como é observável, essa constante extensão do objeto de controle gera incertezas sobre seu alcance e permite especular que todo ato de natureza estatal poderia compreender-se dentro das práticas internas.”⁶⁴⁵ Apesar da crítica, é um fato que a Corte IDH admite como objeto de controle de convencionalidade internacional “as leis, os atos administrativos, a jurisprudência, as práticas administrativas, as práticas judiciais, e também normas da Constituição.”⁶⁴⁶

⁶⁴¹ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 347-348.

⁶⁴² “180. La Corte ha interpretado que tal adecuación 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. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina ‘control de convencionalidad’, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas **o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.**” (CORTE IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentencia de 12 ago. 2008. Grifos ausentes no original).

⁶⁴³ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 348.

⁶⁴⁴ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 131.

⁶⁴⁵ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 132.

⁶⁴⁶ CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de las leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho**. Tomo IX. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2008. p. 225-262.

O primeiro caso em que a Corte julgou inconveniente uma norma constitucional foi em face do Chile, no Caso *A Última Tentação de Cristo vs. Chile* (2001). Apesar da previsão constitucional de norma que permitia censura cinematográfica, a Corte IDH entendeu a prevalência do direito de liberdade de expressão do art. 13 da CADH para derrubar a censura de filme não desejado por grupos cristãos. A sentença determinou expressamente a reforma da Constituição e da legislação chilena a fim de adequá-las à CADH. Depois, no Caso *Caesar vs. Trinidad e Tobago* (2005) a Corte IDH também determinou a alteração da Constituição nacional que impedia o controle de constitucionalidade de leis anteriores à Constituição de 1976 – o que tinha como efeito prático impedir o controle de constitucionalidade de lei anterior e vigente que permitia trabalhos forçados e flagelação corporal de condenados.⁶⁴⁷

Essa interpretação ampla do objeto se expandiu ao controle de convencionalidade nacional. A orientação jurisprudencial internacional e a recepção dos tratados de direitos humanos, o princípio da subsidiariedade, e o objetivo prioritário de proteger os direitos humanos, exigiram que se pudesse realizar controle de convencionalidade sobre as próprias normas constitucionais em qualquer processo interno, e não só no âmbito internacional por provocação de outro Estado ou da Comissão IDH e por sentença da Corte IDH. Assim, o controle de convencionalidade sobre norma constitucional poderia acontecer nacionalmente pelo menos por decisão da Corte constitucional ou tribunal de cúpula do Judiciário, de modo que seria possível a declaração de inconveniência de norma constitucional por órgão estatal em processo interno, sem intermediação de órgãos internacionais. Igualmente o art. 2 da CADH e jurisprudência da Corte IDH levam à compreensão de que a supremacia é da Convenção sobre a Constituição, e não o contrário.⁶⁴⁸

A questão, todavia, é repleta de polêmica, e não raro ignora a necessidade do diálogo entre fontes em busca da solução mais favorável ao ser humano. Conforme jurisprudência do STF sobre a supralegalidade e infraconstitucionalidade de tratados de direitos humanos, há quem entenda que quando realizado no plano nacional o controle de convencionalidade pelas autoridades nacionais não permitiria nunca controlar normas constitucionais, ao menos as originárias.⁶⁴⁹ Luís Roberto Barroso, seguindo a corrente predominante na jurisprudência

⁶⁴⁷ CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de las leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IX. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2008. p. 242-253.

⁶⁴⁸ ATEHORTÚA, Angie Katherine García; RIVERO, Laura Sofia Ramírez. La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia. **Universitas Studiantes**, Bogotá, n. 11, p. 87-102, jan./dez., 2014. p. 97-100.

⁶⁴⁹ “No caso do controle de convencionalidade nacional, os juízes e os tribunais internos não ousam submeter uma norma do Poder Constituinte Originário à análise de compatibilidade com um determinado tratado de

brasileira, se orienta pela prevalência da Constituição diante de tratados internacionais. Além de doutrina que suporta sua posição em prol da supremacia da Constituição, cita casos em que o STF declarou a inconstitucionalidade de artigos das Convenções n. 110 e 158 da OIT, tratando-as como se fossem tal qual o acordo GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*, ou Acordo Geral de Tarifas e Comércio), e classificando-as entre aqueles tratados que não são de direitos humanos. Admite, assim, que juízes e tribunais incidentalmente, e mesmo o STF em recurso extraordinário, podem julgar a constitucionalidade extrínseca (formal) de um tratado, como também sua constitucionalidade intrínseca (material), por desconformidade com o conteúdo da CF.⁶⁵⁰ Quando analisa os tratados de direitos humanos, Barroso opina pela hierarquia constitucional apenas dos internalizados conforme o procedimento do art. 5º, § 3º da Constituição, sendo os demais tratados de direitos humanos supralegais, mas infraconstitucionais. Os tratados de direitos humanos que integram o bloco de constitucionalidade serviriam de parâmetro para controle de constitucionalidade. Mas os tratados de direitos humanos supralegais apenas paralisariam a eficácia das normas inferiores a ele contrárias, constituindo-se um problema afeto ao campo da eficácia.⁶⁵¹

Ao oposto, quem entende possível o controle de convencionalidade sobre norma constitucional direciona a interpretação no sentido de que ao aderir a um tratado de direitos humanos houve aceitação *pelo próprio Estado* (por vezes sem reservas) da competência interpretativa e jurisdicional da Corte IDH, a qual admite controle de norma constitucional. É uma obrigação contraída voluntariamente e que, por lógica, precisa ser cumprida de boa-fé.⁶⁵² Essa corrente interpretativa chega a sustentar que, como o controle de convencionalidade concretiza valores éticos mínimos decididos internacionalmente, pode sim gerar o reconhecimento de “*normas constitucionais inconvençionais*, ainda que provenientes do

direitos humanos.” (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 406); “(...) no controle nacional há restrição quanto ao objeto de controle, como por exemplo as normas oriundas do poder constituinte originário; (...)” (GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; ANDRÉA, Gianfranco Faggini Mastro. A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças como paradigma de controle difuso de convencionalidade no Brasil. **Revista da AGU**, Brasília, v. 18, n. 1, p. 337-368, jan./mar. 2019. p. 344).

⁶⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre Direito Internacional e Direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 166-171/179.

⁶⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre Direito Internacional e Direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 180.

⁶⁵² ATEHORTÚA, Angie Katherine García; RIVERO, Laura Sofia Ramírez. La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia. **Universitas Estudiantes**, Bogotá, n. 11, p. 87-102, jan./dez., 2014. p. 98; ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 40.

Poder Constituinte Originário.”⁶⁵³ Parcela dos que assim pensam entende inclusive pelo dever do constituinte de positivar os direitos humanos, sob pena de deslegitimar a Constituição. Em caso de não positivação dos direitos humanos pela assembleia constituinte, poderia um referendo recusar a Constituição, concepção essa que Paulo Thadeu Gomes Silva chamou de “radical”.⁶⁵⁴ Caso não houvesse a rejeição da Constituição em referendo, o próprio Judiciário estaria autorizado a declarar a inconstitucionalidade da Constituição, o que implicaria em admitir a possibilidade de norma constitucional inconstitucional.⁶⁵⁵

Mas parece que essa perspectiva peca pela falta de um senso histórico apurado. Chega a afirmar que “parece indubitável que sempre houve e sempre haverá, ainda que no seu início de forma muito tênue, uma convergência desesperada e densa em torno dos direitos humanos. Isso tem a ver, em outras palavras, com a própria limitação do poder estatal.”⁶⁵⁶ Parece, no entanto, que confunde a história humana com a história do constitucionalismo liberal. Essas imprecisões são ressaltadas na proposta quando, primeiro, identifica “o povo – cidadão político e cidadão econômico, indivíduo-empresário e indivíduo-trabalhador, como único titular do pco.”⁶⁵⁷ Para logo na sequência apontar que “O pco é, também, poder estatal.”⁶⁵⁸ Conquanto tente distanciar a titularidade do nascedouro do poder constituinte, não parece lógica a explicação de que o poder constituinte seria uma espécie do gênero “poder estatal” titularizado pelo povo,⁶⁵⁹ diante do que não parece convencer a proposta de um poder constituinte originário inteiramente limitado por direitos humanos. Especialmente por tomar como alicerce um pretenso consenso que, na prática, não existe, mas é imposto como tal pelas representações hegemônicas do poder.⁶⁶⁰

⁶⁵³ MARQUES, Miguel Ângelo. Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, p. 1-21, 2021. p. 16.

⁶⁵⁴ SILVA, Paulo Thadeu Gomes. **Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999. p. 68-72.

⁶⁵⁵ SILVA, Paulo Thadeu Gomes. **Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999. p. 119.

⁶⁵⁶ Silva complementa o acima transcrito com a defesa de uma suposta “comprovação empírica da própria história, segundo a qual os homens nascem diferentes sócio-economicamente, sendo que nem mesmo os regimes socialistas realistas conseguiram conciliar igualdade de classe e bem-estar.” (SILVA, Paulo Thadeu Gomes. **Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999. 42/92).

⁶⁵⁷ SILVA, Paulo Thadeu Gomes. **Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999. p. 76.

⁶⁵⁸ SILVA, Paulo Thadeu Gomes. **Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999. p. 78.

⁶⁵⁹ SILVA, Paulo Thadeu Gomes. **Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999. p. 83.

⁶⁶⁰ Para uma visão crítica, cf. ARAÚJO, Eduardo Borges Espíndola. **A teoria liberal do poder constituinte: uma análise das críticas a comunidade jurídica às propostas de reforma excepcional da Constituição**. Curitiba: Íthala, 2017.

O poder constituinte não é um poder jurídico, e sim um poder de fato. Para alguns, os direitos humanos simplesmente não limitam o poder constituinte.⁶⁶¹ Mas para outros, embora um poder de fato, não pode ser arbitrário e deve na configuração mundial atual ao menos respeitar os direitos humanos.⁶⁶²

Quanto ao controle de convencionalidade propriamente dito, há quem como Mazzuoli proceda com cautela na análise sobre se as normas constitucionais podem ser inválidas por inconvenção. Quando sugere essa possibilidade, o que o autor orienta é interpretar o comando constitucional conforme o tratado ou reformar a constituição.⁶⁶³ É só acanhadamente nas páginas seguintes⁶⁶⁴ ou em nota de rodapé que o autor parece sustentar a inconvenção de normas constitucionais de emendas ou originárias, mas sem estender-se na explicação de seus efeitos.⁶⁶⁵

Nesta tese defende-se que a Constituição brasileira pode ser objeto de controle de convencionalidade, ao menos internacional, porque a opção do próprio poder constituinte originário foi pela priorização dos direitos humanos convencionais mais favoráveis. Foi uma opção constituinte de 1988 relacionar as normas constitucionais com os direitos humanos dos tratados. O que o poder constituinte originário fez em 1988 foi conduzir a futura interpretação constitucional conforme os tratados de direitos humanos. Essa opção, de acordo com Sagüés, é legítima e representa uma hipótese de transferência do trabalho interpretativo no momento da assembleia constituinte, que após concluído se torna obrigatório aos poderes constituídos.⁶⁶⁶ Não deve haver dificuldade em entender que a norma constitucional menos benéfica e contrária a um tratado de direitos humanos ratificado é inconvenção e, por

⁶⁶¹ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 33. Nota 64.

⁶⁶² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 323/327.

⁶⁶³ “Se uma norma constitucional afronta comando mais benéfico (*pro homine*) previsto em tratado de direitos humanos em vigor no Estado, a alternativa é exercer a interpretação *conforme* o direito internacional dos direitos humanos ou, em última análise, *reformar* o texto constitucional par ao fim de adaptá-lo aos ditames internacionais mais benéfico, sob pena de se manter no plano interno um *estado de coisas inconvenção* ou um *ilícito internacional latente*.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 164).

⁶⁶⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 173.

⁶⁶⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 164. Nota 126.

⁶⁶⁶ “A legitimidade de dispositivos daquela índole se explica, principalmente, pela necessidade de construir um *ius commune* em matéria de direitos humanos e de Direito Comunitário. O intérprete inter ou supranacional, ademais, pode gozar (ainda que nem sempre) de uma certa presunção de maior qualidade e objetividade que o intérprete nacional, algumas vezes mais comprometido com interesses setoriais domésticos.” (SAGÜES, Néstor Pedro. *El poder constituyente como intérprete de la Constitución*. **Pensamiento constitucional**, Lima, a. 16, n. 16, p. 183-193, 2012. p. 191-192).

consequente inválida e inaplicável. Senão um resquício de apego à soberania absoluta, posição diversa impede a defesa da declaração de inconvenção ou afastamento de norma constitucional contrária à norma convencional tal como interpretada mais benéficamente, primeiro pela Corte IDH, depois pelos demais intérpretes em diálogo.⁶⁶⁷ O Pacto de São José e outros tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil são supraconstitucionais *a priori*. Servem como parâmetro de controle de convencionalidade em face da Constituição, de leis, decretos, regulamentos, resoluções e outras normas de natureza administrativa.⁶⁶⁸

A sobreposição ou repetição de normas convencionais e constitucionais não é absoluta a ponto de, no caso brasileiro, tornar inútil ao menos a interpretação convencional de normas da Constituição de 1988. Apesar de raras as hipóteses de confronto, não se limita ao já tão discutido caso da prisão do depositário infiel. Pode-se citar, nesse sentido, alguns exemplos.

O primeiro exemplo está no cotejo entre normas sobre uso de drogas ilícitas. A Convenção de Nova Iorque Única sobre Entorpecentes (Decreto n. 54.216/1964) proíbe no art. 38⁶⁶⁹ a pena privativa de liberdade para usuários de entorpecentes. Caso a convenção seja compreendida como um tratado de direitos humanos, isso levaria à compreensão de que o art. 290 do Código Penal Militar⁶⁷⁰ é inconvenção, por prever pena privativa de liberdade de reclusão de até 5 anos. Não é esse o entendimento Superior Tribunal Militar (STM), que interpreta o dispositivo convencional apenas como orientação no sentido de privilegiar a recuperação médica dos usuários.⁶⁷¹ Além disso, o STM entende que o *status* das convenções

⁶⁶⁷ “Não há sentido em decidir pela submissão a uma ordem jurídica supranacional e a um tribunal com competência para aplicá-la e sancionar aquele que descumpra, para simultaneamente defender *a suposta supremacia da ordem local diante da ordem internacional*. Entendemos a resistência psicológica em abandonar os velhos paradigmas, mas é óbvio que eles hoje carecem de realismo e também de justiça. A existência da Convenção Americana de Direitos Humanos nos dirige o dever ético de uma definitiva integração na comunidade universal civilizada: nos obriga a reconhecer-nos a todos e a cada um na condição de seres humanos; o que, convictamente supere os limites da nacionalidade.” (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. VI-26).

⁶⁶⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 124.

⁶⁶⁹ (Convenção de Nova Iorque Única sobre Entorpecentes) “Art. 38. Tratamento de Toxicômanos. 1. As Partes darão especial atenção à concessão de facilidades para o tratamento médico, o cuidado e a reabilitação dos toxicômanos. 2. Se a toxicomania constituir um problema grave para uma das Partes, e se seus recursos econômicos e permitirem, é conveniente que essa Parte conceda facilidades adequadas para o tratamento eficaz dos toxicômanos.”

⁶⁷⁰ (Código Penal Militar) “Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar. Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos.”

⁶⁷¹ SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. **Defensoria Pública e controle de convencionalidade**: a instituição e o instrumento para a proteção e promoção dos direitos humanos. Lumen Juris, 2020. p. 104.

é supralegal, e por isso suas normas não são superiores aos princípios da hierarquia e disciplina, previstos constitucionalmente no art. 142⁶⁷² e fundamentos para a penalização mais grave de usuários de entorpecentes militares.⁶⁷³ Afastar a hierarquia superior rígida do art. 142 em prol do art. 38 da Convenção de Nova Iorque Única sobre Entorpecentes, por mais polêmico que seja, geraria impactos reais no processamento de acusados do delito do art. 290 do Código Penal Militar.

Como exemplo ainda, o art. 142, § 2º da CF⁶⁷⁴ proíbe *habeas corpus* contra punições disciplinares militares. Nos casos de prisão como punição disciplinar a corrente jurisprudencial dominante é aquela que, interpretando a norma constitucional, defende que o Judiciário brasileiro apenas controla a legalidade da prisão, como os aspectos da hierarquia para determinação da prisão e a pertinência da prisão com algum ato ligado à função militar.⁶⁷⁵ Entretanto, a norma constitucional poderia, em tese, ser compreendida como inconvenção. Nos art. 7.6 e 25.1 da CADH⁶⁷⁶ o *habeas corpus* como recurso judicial está previsto de modo amplo, sem limitações em função da natureza da transgressão ou da pessoa que a comete. É garantido o direito humano a um recurso judicial efetivo contra qualquer prisão, que segundo a Corte IDH na Opinião Consultiva n. 8/1987⁶⁷⁷ não pode ser suspenso nem nas situações de estado de exceção⁶⁷⁸ do art. 27.⁶⁷⁹ Se até em estado de exceção a

⁶⁷² (Constituição Federal) “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.”

⁶⁷³ SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. **Defensoria Pública e controle de convencionalidade: a instituição e o instrumento para a proteção e promoção dos direitos humanos.** Lumen Juris, 2020. p. 107.

⁶⁷⁴ (Constituição Federal) “Art. 142. (...) § 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.”

⁶⁷⁵ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 103-129, 2016. p. 122.

⁶⁷⁶ (CADH) “Art. 7.6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.”

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

⁶⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano.** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 125.

⁶⁷⁸ Vale aqui registra o posicionamento crítico ao estado de exceção regulado no Pacto de São José no capítulo IV, que autoriza a suspensão de certas garantias convencionais em caso de guerra, perigo público ou qualquer emergência que ameace a independência ou segurança do Estado. Sob o ponto de vista do constitucionalismo, trata-se de disciplinar a justificação da violação de uma regra diante de uma necessidade extrema, ou mais

garantia judicial do *habeas corpus* é preservada a toda pessoa para qualquer crime (não fazendo distinção entre civis e militares), não haveria como sustentar a convencionalidade de norma constitucional como aquela do art. 142, § 2º da Constituição.⁶⁸⁰

Outro exemplo mais emblemático é o do Estatuto de Roma. O Estatuto de Roma foi internalizado no Brasil sem reservas. De acordo com o tratado, cabe ao Tribunal Penal Internacional (TPI), na forma do estatuto, julgar os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade - definidos no art. 7º -, crimes de guerra e crimes de agressão.⁶⁸¹ O tratado exclui a oposição de regras de imunidade contra o processamento internacional (art. 27) e prevê expressamente a imprescritibilidade dos crimes sob sua competência (art. 29). Quer dizer, o

comumente de fundamentar antes da crise o manejo de poderes excepcionais ou derogadores de direitos e garantias. A disciplina normativa do estado de exceção – por definição, provisório - existe porque o legislador, inocentemente, acredita que pode enfrentar a crise na estrita legalidade. Mas Bercovici afirma concordar com François Saint-Bennet, no sentido de que “toda previsão de exceção é inútil. A legislação de exceção trata de algo que, na realidade, não consegue dar conta. A legitimação dos atos realizados durante a exceção depende do respaldo político e popular, não jurídico.” E mesmo que a finalidade do regramento sobre o estado de exceção seja “tentar evitar que a exceção vire regra, enquadrando as circunstâncias da crise para propiciar um retorno o mais breve e menos traumático possível à normalidade”, a verdade é que essa também é uma questão política, e não jurídica. O objetivo, seja como for, da previsão jurídica do estado de exceção, é justificar a violação da constituição e da legalidade com um objetivo muito específico: defender a própria ordem constitucional do Estado. Caso contrário, não é estado de exceção, mas golpe. (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 39-42).

⁶⁷⁹ Regueira, a partir do Caso Castañeda Gutman (§§ 174-186), explica os critérios válidos de restrição de direitos humanos previstos na CADH. Salvo alguns direitos como o de não ser torturado ou ser submetido a penas cruéis, a maioria dos direitos humanos não são absolutos e estão sujeitos a limitações pelos Estados. São três critérios de restrição: (i) previsão em lei formal; (ii) correlação entre a restrição legal e sua finalidade, discriminada na Convenção de modo expresso ou implícito; e (iii) necessidade da restrição para o funcionamento de uma sociedade democrática, o que Regueira também equipara a um juízo de necessidade e proporcionalidade. O último critério implica na menor restrição possível ao direito humano restringindo em função do interesse que se visa proteger com a limitação (REGUEIRA, Enrique Alonso. **El control de convencionalidad de la actividad administrativa**. Bueno Aires: Lajouane, 2017. p. 295-297).

⁶⁸⁰ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 103-129, 2016. p. 121-123.

⁶⁸¹ Para uma visão pessimista do potencial do TPI para evitar conflitos, cf. Douzinas: “O valor simbólico e a força emocional gerados por acusações de crimes de guerras são, sem dúvida, consideráveis, especialmente para aqueles do lado ‘certo’ do conflito que levou aos crimes. Mas, como sabemos a partir de experiências internas, a individualização e a criminalização da política raramente colocaram um fim em conflitos políticos. Do mesmo modo, suspeita-se que não muitas guerras ou atrocidades foram evitadas porque líderes temeram por sua sorte, se derrotados, e nem muitos ditadores foram dissuadidos por Nuremberg ou seriam dissuadidos pela estada de Pinochet em Surrey. É provável que a punição penal, como todos os procedimentos jurídicos individualizados, exerça pouco efeito sobre as violações em massa dos direitos humanos, especialmente se a inexpressiva cobertura de mídia do Tribunal para a ex-Iugoslávia e a cobertura inexistente do Tribunal ruandês forem uma indicação do interesse popular.” (DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 133). Cf. também Teixeira, para quem a “modalidade universalista de jurisdição internacional penal ignora o alto grau de burocratização que pode gerar os seus processos, o que os tornaria demasiadamente longos; ignora também as dificuldades e os questionamentos que a sua precária legitimidade política pode gerar no cidadão comum, o qual desconhece os refinados – e quase falaciosos – argumentos jurídicos que tentam atribuir legitimidade à sua existência e poder jurisdicional.” Não apenas isso, pois segundo o autor o maior equívoco da jurisdição penal internacional é acreditar no poder dissuasório da pena para indivíduos que pretendem cometer ou cometerão crimes humanitários. A repreensão pela repreensão somente se presta a aumentar o distanciamento entre o indivíduo e a instituição, entre a sociedade e a instituição, seja em nível nacional ou supranacional.” (TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 143-144).

Brasil reconheceu expressamente, por norma internalizada, que há crimes imprescritíveis além dos previstos na Constituição Federal. Como também reconhece a possibilidade de prisão perpétua, inclusive contra cidadãos nacionais (art. 77). Nesses casos, como resolver a contradição entre as normas do Estatuto de Roma e da Constituição Federal? Diversas são as interpretações possíveis⁶⁸², e até o momento o Judiciário brasileiro não foi chamado a interpretar em casos concretos a antinomia. A julgar pela aplicação do princípio *pro persona*, a norma mais favorável ao acusado deveria prevalecer, sem a entrega do nacional⁶⁸³ cujos crimes cometidos estariam prescritos. Entretanto, como lembra Bastos Netto, desde o “Assunto de Viviana Gallardo e outras”, decidido na década de 80 pela Corte IDH, entende-se como limite do critério *pro persona* a coerência sistêmica do ordenamento, “ao entender que a norma mais favorável sempre será aplicada, com exceção de quando isto implicar uma alteração do sistema.”⁶⁸⁴

Isto é, o critério *pro persona* deve ser cautelosamente empregado para não inviabilizar a operacionalidade do sistema jurídico e do tratado. As graves violações a direitos humanos são objeto de persecução penal internacional nos termos do tratado, e se o princípio *pro persona* servisse à resolução de antinomias entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal para proibir a entrega (ou mesmo a prisão perpétua), a finalidade de adesão ao TPI, que seria rejeitada em favor do princípio *pro persona* e em última instância em desfavor dos direitos humanos das vítimas. A norma mais favorável ao acusado desvirtuaria a própria razão de ser do TPI,⁶⁸⁵ de modo que a entrega de nacional por crime prescrito mereceria, a despeito da norma constitucional, acontecer. Dessa breve síntese conclui-se que prevalece, conforme decisão do Estado brasileiro, o Estatuto de Roma frente à Constituição.⁶⁸⁶ A norma

⁶⁸² Uma nova classificação de tratados foi criada, por exemplo, para tratar da incoerência entre as normas. Os tratados “centrífgos”, atualmente só o Estatuto de Roma, têm para Mazzuoli *status* supraconstitucional (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 80. Nota 8).

⁶⁸³ No caso do Brasil, qualquer interpretação do art. 5º, LI da Constituição (“nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”) que impedisse a cooperação com o TPI seria, a princípio, considerada inconveniente. Mas isso só para quem entende que a cooperação com o TPI seria tipo de extradição de nacional, pois há uma diferença entre *extradição* (cooperação entre Estados iguais) e *entrega* (cooperação com tribunal internacional), de modo que sequer se aplicaria o art. 5º, LI da CF. O Estatuto de Roma prevê no art. 89 o instituto da entrega, e no art. 102 diferencia-o da extradição: “Para os fins do presente Estatuto: a) Por ‘entrega’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto. b) Por ‘extradição’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.”

⁶⁸⁴ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio pro persona**: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 152.

⁶⁸⁵ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**: direitos políticos e ineligibilidades. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 127.

⁶⁸⁶ Sob a ótica do transconstitucionalismo, Marcelo Neves defende que no caso do conflito entre art. 5º, XLVII, “b” da CF e art. 77.1, “b” do tratado não poderia prevalecer uma simples alternativa de escolhas. Uma solução

convencional tem, nessa situação, como objeto de controle a norma constitucional, com prevalência da primeira.⁶⁸⁷ Colhe-se do exemplo a importância da interpretação *pro persona* e da possibilidade, em tese, de afastamento de normas constitucionais diante da norma de um tratado, e do mesmo modo o afastamento de normas de natureza legal e infralegal.

Porém não apenas normas estatais são objeto de controle de convencionalidade. As práticas estatais também podem ser objeto daquela técnica de controle. Brewer-Carías, nesse sentido, identifica como objeto do controle de convencionalidade a revisão de *atuações* de órgãos de Estado a fim de adaptá-las às normas convencionais, o que inclui na classificação sugerida nesta tese as condutas praticadas pelos agentes estatais.⁶⁸⁸

Atos materiais e decisões emitidas no exercício da função administrativa, e até mesmo decisões judiciais estão sujeitas a controle de convencionalidade.⁶⁸⁹

No controle abstrato de constitucionalidade o STF mais de uma vez já admitiu o ajuizamento de ADPF contra decisão judicial, por exemplo. Clève, nesse sentido, cita a ADPF n. 403 contra decisão judicial que determinava o bloqueio do *Whatsapp*.⁶⁹⁰ A ação de controle concentrado, ainda em julgamento, objetiva dar interpretação constitucionalmente adequada a dispositivos da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), e ao mesmo tempo ataca concretamente ato judicial, objeto, portanto, de controle de constitucionalidade. No pedido da ADPF constou expressamente requerimento para “suspender os efeitos da decisão do Juiz da Vara Criminal de Lagarto (...) [que,] nos autos do Processo 201655000183, bloqueou o

própria do transconstitucionalismo seria condicionar a entrega ao Tribunal Penal Internacional apenas se houver comutação da pena de morte por pena de no máximo de 30 anos de reclusão. O autor reconhece que essa é uma solução própria da extradição, que a princípio não se aplicaria para a *entrega* ao TPI. Mas, de qualquer modo, poderia ser a solução intermediária que compatibilizasse as ordens ao mesmo tempo que as abriria reciprocamente ao diálogo e aprendizado (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 147-149).

⁶⁸⁷ Para outro exemplo envolvendo o Estatuto de Roma aplica-se a mesma lógica: não poderá o Brasil negar pedido de prisão preventiva solicitado pelo TPI por ausência da presença dos requisitos para a prisão exigidos no Código de Processo Penal. Pois o Estatuto de Roma é tratado com hierarquia supraconstitucional (e *supralegal*, por consequência), que prevê no art. 92.1 que “Em caso de urgência, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva da pessoa procurada até a apresentação do pedido de entrega e os documentos de apoio referidos no artigo 91.” Isto é, não se estabelece qualquer requisito senão sua solicitação baseada em urgência. O princípio *pro persona*, não poderá ser invocado a fim de negar a prisão preventiva, sob pena de invalidação sistêmica do tratado.

⁶⁸⁸ BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre ele control de convencionalidad. Su conceptualización e su necesario deslinde respecto del control de constitucionalidad. Disponível em: <<https://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20786-%20Brewer.%20SOBRE%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD.%20Homenaje%20Pellecano.%20Rep%20Dominicana%202012.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

⁶⁸⁹ “(...) quaisquer normas estatais, incluindo as constitucionais e decisões judiciais, estão sujeitas ao controle de convencionalidade doméstico.” (GUERRA, Sidney. Gomes Lund x República Federativa do Brasil: o caso junto à Corte Interamericana. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 313).

⁶⁹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 443.

aplicativo de comunicação WhatsApp por 72 horas, de forma que o mesmo volte a operar imediatamente”. A decisão cautelar foi deferida liminarmente pela Presidência do STF para *suspender a decisão judicial*, sob o fundamento de que esta se trata de “ato do Poder Público” que gera lesão a preceito fundamental, o que autorizaria o ajuizamento da ação com base no art. 102, § 1º da CF. A decisão monocrática da Presidência citou como precedente a ADPF 249-Agr/DF, em que o STF admitiu a possibilidade de impugnação de decisões judiciais via ADPF, desde que não transitadas em julgado.⁶⁹¹ A mesma lógica, em prol da proteção de direitos humanos, é aplicável no controle de convencionalidade.

1.3.2.3. Efeitos gerais da declaração de inconveniência

Os efeitos da declaração de inconveniência são bastante particulares se o controle de convencionalidade for **(i)** por omissão. Também variam de acordo com a espécie de controle classificada quanto ao momento em que realizado: se **(ii)** preventivo ou **(iii)** repressivo.

(i) No controle de convencionalidade por omissão, a declaração subjaz a uma conduta omissiva do agente público que impede a concretização de um direito humano convencional ou o cumprimento de uma decisão judicial internacional. Não há regulação no ordenamento brasileiro sobre o controle de convencionalidade por omissão, o que dificulta a identificação das consequências da constatação de uma inconveniência oriunda de uma omissão. Sustenta-se neste trabalho que o efeito geral da declaração de inconveniência por omissão é o publicização da situação inconveniente, que tem como principal utilidade a denúncia do cenário de inconveniência por omissão que pode servir de prova em processamento internacional do Estado pela Corte IDH. Mas também há situações em que, na função administrativa, se admitem efeitos supletivos da declaração de inconveniência por omissão, o que justifica uma atuação do agente público mesmo sem previsão em lei de competência. Os detalhes desses efeitos gerais publicizantes e supletivos no exercício do controle de convencionalidade por omissão pela função administrativa são trabalhados a partir de exemplos no capítulo 3.

(ii) Como já abordado acima, no controle de convencionalidade preventivo, não há norma ou prática existente, que por isso não gera nenhum efeito. Essa modalidade de controle

⁶⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 403-SE. Decisão monocrática. Rel. Presidente Min. Ricardo Lewandowski. Decisão de 19 jul. 2016. Publicada em 20 jul. 2016.

busca evitar a expedição da norma ou da prática contrária ao bloco de convencionalidade, e por isso seu efeito principal é de gerar uma obrigação de não fazer ou um dever de abstenção. Identificada a inconvenção no procedimento de edição da norma ou de preparação da prática estatal, estas devem ser evitadas, sob pena de inconvenção. Igualmente no capítulo 3 são demonstrados os aspectos práticos desse efeito geral de abstenção para o controle de convencionalidade preventivo pela função administrativa.

(iii) A espécie de controle de convencionalidade mais discutida na literatura especializada é a repressiva, que implica no impedimento de continuidade de uma prática ou de efeitos de uma norma vigente, mas declaradas inconvenções. Na análise da declaração de inconvenção repressiva de normas é que se encontra a maior parte da produção científica sobre o assunto, e sobre ela é que se dedicará parte substancial do subcapítulo sobre os efeitos gerais de uma declaração de inconvenção.

Mac-Gregor critica a falta de clareza da Corte IDH sobre os efeitos da declaração quando declara a inconvenção de normas nacionais vigentes.⁶⁹² Quanto aos efeitos da decisão de inconvenção no âmbito do controle de convencionalidade internacional, em casos como os que julgam leis de anistia, a Corte IDH manifesta a inexistência de efeitos daquelas leis nacionais.⁶⁹³ Foi no Caso Almonacid Arellano que a Corte IDH ampliou, com base no princípio *pro persona*, a interpretação acerca dos efeitos da declaração de inconvenção para explicitar que as leis contrárias à CADH careceriam de efeitos desde a data do início de sua vigência,⁶⁹⁴ de modo que a Corte IDH reconheceria a nulidade e ausência de efeitos retroativos da norma inconvenção⁶⁹⁵, como fez também no Caso Barrios Altos vs. Peru,⁶⁹⁶ um marco na jurisprudência contrária às leis de autoanistia.⁶⁹⁷ Apesar disso,

⁶⁹² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 587.

⁶⁹³ Há quem generalize o efeito anulatório direto da sentença internacional para qualquer caso: “É evidente que os tribunais internacionais (tome-se como exemplo a Corte Interamericana de Derechos Humanos) têm competência para *anular* a norma estatal contrária ao direito internacional, caso em que o Estado (responsável pela edição da combatida lei) deve ser responsabilizado no plano internacional por ato de seu Poder Legislativo.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 137).

⁶⁹⁴ CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de las leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IX. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2008. p. 261.

⁶⁹⁵ Bogdandy interpreta as decisões da Corte IDH como “anulações” por si só das leis de anistia (BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015. p. 43).

⁶⁹⁶ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou suas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 233.

a Corte IDH, ao mesmo tempo, instaria os agentes públicos a recusarem a aplicar a lei internamente, especialmente leis de anistia, de modo que “o afastamento da incidência das disposições normativas nacionais não é automático entre as partes envolvidas no feito, como pretende Eduardo Ferrer Mac-Gregor, mostrando-se necessária a intervenção normativa do Estado.”⁶⁹⁸

Há, portanto, dúvida “sobre a necessidade da adoção de algum ato local de natureza legislativa ou administrativa que possa levar à implementação dos comandos inscritos na sentença internacional.”⁶⁹⁹ É a posição de Marinoni, segundo quem “a decisão da Corte não nulifica ou derroga as normas internas.” O que acontece, para ele, e em casos de crimes contra a humanidade ao menos, é uma declaração de “não aplicação das normas internas com efeitos *erga omnes* para todos os poderes públicos.”⁷⁰⁰ A dúvida é razoável, na medida em que em casos que envolvem leis de outras naturezas a tendência da Corte IDH é dar prazo aos Estados para que compatibilizem seus ordenamentos identificados em algum aspecto inconveniente com o *corpus iuris* interamericano – via alteração legislativa ou de ato administrativo.⁷⁰¹ Posição essa que resultaria na conclusão de que o controle de convencionalidade pela Corte IDH não tem como efeito direto a anulação de normas internas, e o máximo que poderia fazer o tribunal seria condenar o Estado a adequar a legislação interna para adequá-la à CADH ou a outros tratados de direitos humanos parâmetro de controle.⁷⁰²

Diante dessa incerteza, Gomes identifica ao menos duas posturas da Corte IDH. Para os casos sobre leis de anistia de períodos de ditadura militar (por exemplo, Barrios Altos vs. Peru, Almonacid Arellano vs. Chile, Gomes Lund vs. Brasil, Gelman vs. Uruguai), a Corte manifestou-se pela invalidade *ab initio* daquelas legislações. Mas para outros casos de

⁶⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 126.

⁶⁹⁸ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou suas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 235.

⁶⁹⁹ SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 217-242, 2017. p. 235.

⁷⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 79-80.

⁷⁰¹ SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 217-242, 2017. p. 235.

⁷⁰² FRANCO, Fernanda Cristina; PETERKE, Sven. Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 71.

declaração de inconvenção, como por exemplo *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*⁷⁰³ e *Boyce e outros vs. Barbados*, notou-se uma postura mais contida da Corte no sentido de apenas determinar ao Estado a revogação da normativa interna.⁷⁰⁴

Esse posicionamento gera duas classes de sentenças internacionais da Corte IDH: (a) as sentenças que julgam leis de anistia do período ditatorial, as quais têm eficácia *erga omnes* e efeitos retroativos, por julgarem casos de graves violações de direitos humanos por agentes públicos; (b) as sentenças de outras matérias, que “são vinculantes e operam efeitos retroativos apenas para aqueles que foram parte no processo internacional, por força da coisa julgada.”⁷⁰⁵ É possível, assim, concluir que no controle de convencionalidade internacional, exercido pela Corte IDH, as consequências dependem do que disser a sentença condenatória internacional.⁷⁰⁶ Pois há autêntica dúvida⁷⁰⁷ e não está resolvido ainda pela jurisprudência da Corte IDH se uma norma inconvenção tem sua aplicação afastada ou é declarada nula no âmbito internacional.⁷⁰⁸

Tal conclusão não anula a opinião de parte da doutrina que recusa a construção jurisprudencial da Corte IDH tão ampla como se apresenta. Para Viñas, por exemplo, só a Constituição de cada Estado é que pode definir a hierarquia de tratados e o regime de invalidação de normas, em respeito à segurança jurídica, às normas de limitação do poder e à soberania constitucional.⁷⁰⁹ Para essa corrente, no controle internacional de convencionalidade pela Corte IDH, em atenção à regra da subsidiariedade, “não caberá à CIDH [Corte] revogar a lei inconvenção ou regram abstratamente a situação levada a

⁷⁰³ No Caso *A Última Tentação de Cristo vs. Chile*, emblemático, houve uma ordem de revogação da norma inconvenção, sem declaração de nulidade.

⁷⁰⁴ GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018. p. 52-53.

⁷⁰⁵ SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 217-242, 2017. p. 237.

⁷⁰⁶ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 144.

⁷⁰⁷ A fraseologia empregada pela Corte IDH nos seus casos, entre eles no Caso *Fontevecchia vs. Argentina*, é criticada por Hitters, que a entende por demais incisiva e complicadora da promoção de diálogos autênticos. Uma condenação a “deixar sem efeitos” uma sentença judicial é, nos dizeres de Hitters, uma expressão “não muito feliz”. Como para ele o cumprimento de uma decisão internacional depende da colaboração do Estado, e como uma sentença internacional não tem *per se* como efeito a invalidação ou anulação de decisões internas, melhor seria a utilização de terminologia que convidasse o Judiciário argentino a “adaptar” seu julgado inconvenção, ao invés de dar a entender que o julgado é automaticamente “sem efeitos”. Soluções como essa são mais convidativas ao cumprimento das sentenças da Corte IDH e geram maior aderência aos propósitos do SIDH. (HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso *Fontevecchia vs. Argentina*). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017. p. 124/140).

⁷⁰⁸ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 145.

⁷⁰⁹ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 136.

juízo, substituindo o legislador estatal, mas declarar a inconveniência do ato e determinar que o Estado adapte ao tratado internacional de direitos humanos sob pena de responsabilização internacional.”⁷¹⁰ Operação que depende, portanto, do domínio pelos magistrados – e demais agentes públicos - da “dogmática dos tratados internacionais.”⁷¹¹

Não há uniformidade nas nomenclaturas utilizadas pela doutrina quanto aos efeitos da declaração de inconveniência pela Corte IDH em controle internacional de convencionalidade. Tampouco há clareza sobre os efeitos decorrentes daquela declaração.⁷¹² Max Silva Abbott analisou sentenças da Corte IDH até o ano de 2018 para elucidar qual seria exatamente o efeito da declaração segundo a jurisprudência do tribunal. Nos textos de artigos científicos pesquisados pelo autor foram encontradas opiniões diversas, variando desde os autores que entendem que a declaração de inconveniência possui efeitos diretos e automáticos para tornar sem efeito uma norma nacional, até aquelas que compreendem a necessidade de atuação de órgãos domésticos dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário para retirada da norma nacional do mundo jurídico. Quanto à Corte IDH, é comum que nos seus julgados, principalmente os mais recentes, ela se posicione no sentido de declarar inconveniente uma norma e afirmar que ela “carece de efeitos desde o início”. A expressão sugere uma nulidade retroativa das normas inconvenientes declarada pela Corte IDH e com efeitos *erga omnes*.

São vários os casos em que a sentença internacional assim declarou. Entre os referidos por Abbott estão: Caso Almonacid Arellano vs. Chile de 2006 (§124); Caso La Cantuta vs. Peru de 2016 (§ 224); Caso Guerrilha do Araguaia vs. Brasil de 2014 (§ 16), entre outros.⁷¹³

Mas apesar do que sugere a expressão múltiplas vezes repetida nas sentenças da Corte, Abbott demonstra a partir da própria jurisprudência do tribunal que a declaração de inconveniência no controle internacional *não extirpa a norma nacional do mundo jurídico*. Conforme demonstra o autor a partir de uma série de julgados e supervisões de

⁷¹⁰ MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 472.

⁷¹¹ MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 472.

⁷¹² ABBOTT, Max Silva. ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? **Estudios Constitucionales**, v.18, n. 2, p. 265-308, 2020. p. 266-268.

⁷¹³ ABBOTT, Max Silva. ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? **Estudios Constitucionales**, v.18, n. 2, p. 265-308, 2020. p. 269-275.

cumprimento de sentença, a *norma declarada inconvenicional pela Corte IDH continua existindo nos sistemas nacionais*.

Essa conclusão se extrai também dos Casos Almonacid Arellano de 2006 (§ 118), La Cantuta vs. Peru de 2006 (§ 172), Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil de 2016 (§ 410), entre outros. Nesses e em dezenas de outros casos pesquisados pelo autor foram encontradas manifestações expressas da Corte no sentido de que há um dever dos Estados condenados de *anular, modificar, derogar*, enfim, *extirpar* ele mesmo a(s) norma(s) declaradas pela Corte inconvencionais no plano internacional. Assim, ao mesmo tempo que a Corte IDH declara uma norma nacional “sem efeitos desde o início”, a mesma Corte determina como obrigação do Estado subtrair a norma declarada sem efeitos de seu ordenamento. Nas fundamentações das sentenças a justificativa para aquela obrigação é *evitar a continuidade e/ou repetição* de violações baseadas em normas já compreendidas como inconvencionais pela Corte IDH em determinado processo internacional.

Abbot também aponta vários casos em que os Estados comunicam a revogação de normas *após* a sentença que as declarou inconvencionais, e também vários casos de supervisão de cumprimento de sentença em que a Corte IDH aponta como problemática a recusa dos Estados em revogar a legislação declarada inconvenicional. Ou seja, não faria sentido que uma norma declarada inconvenicional pela Corte IDH fosse compreendida efetivamente como anulada pela Corte se essa própria Corte insistisse como obrigação do Estado *revogar, anular ou suprimir* aquela norma mediante atuação dos Poderes e órgãos internos.⁷¹⁴

A norma declarada inconvenicional no plano internacional segue existindo apesar da sugestão cada vez mais intensa da Corte IDH de que ela não possui efeitos jurídicos *ex tunc*. Portanto, a “Corte Interamericana não possui a faculdade de inaplicar, invalidar ou expulsar normas de um ordenamento jurídico nacional.”⁷¹⁵ Como interpretar essa contradição nas sentenças da Corte? Abbott sugere ler a sugestão da Corte à inexistência de efeitos desde um início de uma norma como uma incitação ao plano do dever ser. A invalidade declarada pela Corte IDH no controle internacional é válida apenas no âmbito da própria Corte IDH. Assim, “a declaração de inconvenicionalidade externa da Corte somente dá origem à responsabilidade

⁷¹⁴ “Em suma, o que ocorre no final das contas, é que, à margem das modificações legislativas necessárias (...) a Corte *ordena* que a norma interna incompatível com seus próprios critérios, e que *segue intacta, não seja aplicada* – até que seja ‘*modificada, derogada, ou anulada, ou reformada*’.” (ABBOTT, Max Silva. ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? **Estudios Constitucionales**, v.18, n. 2, p. 265-308, 2020. p. 277-283).

⁷¹⁵ ABBOTT, Max Silva. ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? **Estudios Constitucionales**, v.18, n. 2, p. 265-308, 2020. p. 286.

internacional do Estado, em virtude de não cumprir com seus compromissos internacionais, mas não à expulsão ou inaplicabilidade automática da norma questionada (...).⁷¹⁶

Essa, aliás, é uma das razões pelas quais a Corte IDH incentiva e conclama os órgãos internos a realizarem um controle de convencionalidade nacional, capaz, esse sim, de evitar a aplicação de normas que a Corte IDH já julgou inconvencionais. Para Abbott, é fundamental o exercício conjugado dos controles de convencionalidade internacional e nacional, este último atribuído aos órgãos com competência jurisdicional⁷¹⁷ de invalidar normas (ou inaplicá-las).⁷¹⁸ Só mecanismos e autoridades internos podem interferir na validade de uma norma nacional. Como Tribunal Internacional, a Corte IDH sempre dependerá da colaboração do Estado condenado para dar cumprimento às suas sentenças, pois ela “não tem meios de impor suas condenações”.⁷¹⁹ Nesse sentido, o interesse maior está em compreender, diante do posicionamento errático da Corte IDH, quais os efeitos que o controle de convencionalidade nacional produz, o que é tão mais importante aqui em razão do objeto da presente tese. Primeiramente, nas situações de controle normativo de convencionalidade, cuja análise pela literatura é majoritariamente para o exercício do controle jurisdicional de convencionalidade.

Conforme explicação de Ernesto Reys Cantor, para o controle de convencionalidade nacional existe uma obrigação dos juízes de pelo menos *não aplicarem* as leis nos casos concretos a eles submetidos.⁷²⁰ O autor limita sua análise ao controle judicial de convencionalidade de leis, assim como a maior parte dos que analisam os efeitos do controle de convencionalidade nacional.⁷²¹ As mesmas conclusões, todavia, podem ser aproveitadas

⁷¹⁶ “Portanto, no fundo o que ocorre é que a Corte só diz o que desde sua perspectiva *deve ocorrer*, não o que se passa necessariamente no interior do ordenamento do país condenado.” (ABBOTT, Max Silva. ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? **Estudios Constitucionales**, v.18, n. 2, p. 265-308, 2020. p. 289-290).

⁷¹⁷ O autor não considera a possibilidade de invalidação por outros órgãos que não o Judiciário. Para ele, cabe ao Executivo organizar a estrutura administrativa para adequar o ordenamento, e ao Legislativo revogar ou criar normas para adequar o sistema à condenação de uma sentença. Não é essa a posição assumida nesta tese, pelas razões que serão oportunamente apresentadas. (Cf. ABBOTT, Max Silva. ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? **Estudios Constitucionales**, v.18, n. 2, p. 265-308, 2020. p. 274/288).

⁷¹⁸ Mais abaixo será demonstrado criticamente que não há distinção relevante entre invalidar e inaplicar normas no controle de convencionalidade.

⁷¹⁹ ABBOTT, Max Silva. ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? **Estudios Constitucionales**, v.18, n. 2, p. 265-308, 2020. p. 273-286/289.

⁷²⁰ CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de las leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho**. Tomo IX. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2008. p. 248.

⁷²¹ “O referido pode conduzir, em um caso extremo, a que um *juiz* deixe de aplicar uma norma interna quando esteja em contradição com uma norma internacional.” (CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo**

para controle de convencionalidade exercido pelas demais autoridades estatais no exercício da função administrativa, de modo que, como regra, a declaração de inconvenção em processos judiciais ou administrativos tornaria forçoso reconhecer a invalidade *ex tunc* (retroativa) da norma incompatível com o tratado de direitos humanos paradigma, retirando-lhe consequentemente a possibilidade de aplicação da norma objeto do controle.⁷²² O controle de convencionalidade nacional geraria, assim, a não aplicação da lei por incompatibilidade com um tratado de direitos humanos, “‘paralisando’ os efeitos das normas domésticas, já que a rigor não se poderia cogitar de revogação.”⁷²³ Santofimio Gamboa, nessa linha, defende o dever de *não aplicação* de normas inconvenções pelos juízes, por ausência de efeitos jurídicos das normas contrárias ao DIDH.⁷²⁴ Um agente público competente quando exerce controle de convencionalidade deve, portanto, não aplicar, deixar de aplicar, “desaplicar” ou “inaplicar”, as normas contrárias às convenções de direitos humanos.⁷²⁵ Quem analisa empiricamente as sentenças da Corte IDH chega a conclusão idêntica. A partir da análise dos pronunciamentos da Corte IDH, Abbot lista as implicações reconhecidas do controle de convencionalidade, entre elas “inaplicar a norma nacional em favor da norma internacional”.⁷²⁶ Mesmo assim, o autor não deixa de registrar certa ironia quando logo após registrar como consequência a “inaplicação” relatar: “seja lá o que for que isso signifique”.⁷²⁷

contemporâneo: homenagem a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 71. Grifou-se).

⁷²² “(...) o controle de convencionalidade não atribui (constitui) inconvenção à norma, senão reconhece (declara) a inconvenção *ab initio*. Não há, aqui, modulação de efeitos para o futuro (*ex nunc*). Quando se declara a inconvenção de uma norma interna se reconhece que *nunca* foi ela capaz de produzir efeitos jurídicos, pelo que todos os atos que da sua aplicação decorreram serão também *inválidos*.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 66).

⁷²³ LOPES Ana Maria D’Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário infiel. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 55, n. 217, p. 35-53, jan./mar. 2018. p. 42.

⁷²⁴ GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos convencionales para el control de la arbitrariedad de la Administración: instrumento idóneo en los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 245.

⁷²⁵ BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre ele control de convencionalidad. Su conceptualización e su necesario deslinde respecto del control de constitucionalidad. Disponível em: <<https://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20786-%20Brewer.%20SOBRE%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD.%20Homenaje%20Pellecano.%20Rep%20Dominicana%202012.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023; BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 132.

⁷²⁶ ABBOTT, Max Silva. Es realmente viable el control de convencionalidad? **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018. p. 723.

⁷²⁷ ABBOTT, Max Silva. Es realmente viable el control de convencionalidad? **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018. p. 723.

Na contundente análise de Castilla Juárez, o autor observa que a Corte IDH não precisou quais os efeitos de uma declaração nacional de inconvenção pelos juízes (e demais agentes públicos) nacionais, que na doutrina varia desde a defesa de uma simples “não aplicação” da norma objeto do controle até uma gradação da intensidade inconvenção que varia conforme as competências do órgão julgador, como quer Mac-Gregor⁷²⁸ e será no capítulo 2 discutida e criticada.

A partir desse destaque, surge a dúvida sobre o que seria, efetivamente, uma “desaplicação”, “inaplicação”, “afastamento” ou “não aplicação de norma” como efeito da inconvenção; e se dita consequência teria alguma diferença de fundo se comparada com uma declaração de “invalidade”.

Entende-se nesta tese que a declaração de inconvenção ou anticonvenção revela a invalidade retroativa de uma norma contrária aos direitos humanos convencionais. Assim, a declaração de inconvenção resulta na invalidação e é o que provoca o afastamento ou inaplicação da norma objeto de controle. Isto é, ela “produz um dever judicial concreto de inaplicação do preceito impugnado.”⁷²⁹ Quando há em um caso concreto declaração de inconvenção os efeitos são, em regra, *inter partes*. Logo, a invalidação, o afastamento ou inaplicação de uma norma é tão somente a consequência lógica do ato estatal de declaração de inconvenção. A norma não é aplicada, mas nem por isso é *derogada*. Continua vigente, regulando outras relações jurídicas que não aquela entre as partes litigantes ou interessadas. O que acontece é simplesmente sua inaplicação ou invalidação (no Brasil, são sinônimos, como se verá abaixo) para o caso concreto por incompatibilidade com os direitos humanos convencionais.⁷³⁰

Ramírez indica que, no ordenamento jurídico do México, há a diferenciação entre “não aplicação” e “expulsão”. Nesse sentido, o autor leva à compreensão de que cada país pode regular como bem entender os efeitos do controle de convenção, desde que com o objetivo claro de preservar a segurança jurídica.⁷³¹ A diferença se sustenta no México a partir dos critérios anunciados pela Suprema Corte de Justiça da Nação, que determinou diferenciar as vias processuais, as consequências e os efeitos do controle de convenção nacional realizado por juízes. Aos juízes federais, que no México têm

⁷²⁸ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Control interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013. p. 87.

⁷²⁹ SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 127.

⁷³⁰ SAGÜES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 128.

⁷³¹ RAMÍREZ, Sergio García. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento constitucional**, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016. p. 182.

competência para receber os “amparos” e as ações de inconstitucionalidade, por exemplo, Carbonell atribui competência para invalidar uma norma contrária a um tratado de direitos humanos com eficácia *erga omnes*. Nesses casos o efeito da invalidação acarreta a expulsão da norma do mundo jurídico, abarcando situações jurídicas além e diversas daquela *sub judice*. Por sua vez, aos juízes locais, sem as mesmas competências dos juízes federais, há o dever de decretar a mera inaplicabilidade de normas inconventionais com eficácia *inter partes*. Ou seja, a norma deixaria de ser aplicada ao caso concreto, mas continuaria no mundo jurídico disponível para ser aplicada por outros sujeitos e/ou outras situações jurídicas.⁷³²

Hitters igualmente explica as consequências do controle de convencionalidade nacional de acordo com o que, supostamente, cada ordenamento interno prevê. A depender das previsões internas, o controle de convencionalidade pode acarretar ou na “não aplicação” (“desaplicación”) ou, segundo o autor, na anulação de uma norma inconventional. Essa competência está, como regra, reservada aos juízes segundo o autor, que a depender das faculdades que o sistema jurídico concede poderão realizar o controle com uma ou outra daquelas consequências.⁷³³ Diante de tão variadas opiniões quanto aos efeitos do controle nacional de convencionalidade, Burgorgue-Larsen sugere que se distinguiriam as seguintes posturas a partir das opções existentes para uma situação de incompatibilidade: (a) não aplicar a norma inconventional nacional, o que serviria unicamente para o caso concreto, com efeitos entre as partes envolvidas; (ii) declarar sua invalidade, o que extrairia a norma do ordenamento jurídico, com efeitos gerais, *erga omnes*.⁷³⁴ Sobre o controle de convencionalidade, haveria um dever dos juízes realizar esse exame de compatibilidade, inaplicando ou expulsando as normas contrárias à CADH.⁷³⁵

Ainda que analise os efeitos da declaração de inconventionalidade no plano do controle internacional, ao estudar as opiniões doutrinárias sobre o assunto Max Silva Abbot faz uma importante constatação: existe uma multiplicidade de expressões e diferenciações que

⁷³² “De acordo com o exposto, os juízes federais podem chegar a afetar a ‘vigência’ de uma norma geral; os juízes locais somente se referem a ‘aplicabilidade’ das normas. O alcance no primeiro caso é maior, mas a faculdade das autoridades locais não é menor.” (CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 86).

⁷³³ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 144.

⁷³⁴ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 133.

⁷³⁵ BANDIERI, Luis Maria. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas. **Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural**: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Octubre, 2013. p. 14-15.

os diversos autores fazem, sem que fique claro se existem de fato diferenças quanto às consequências. Pior, parece que as categorias classificadas pelos autores em geral significam a mesma coisa. Vale transcrever a crítica do autor: “Desta maneira, se é verdade que vários estudiosos distinguem nitidamente entre ‘invalidez’ e ‘inaplicação’, deve-se advertir que alguns, ao menos em certas passagens – que muitas vezes são combatidas por outras do mesmo autor –, dão a impressão de fazê-las sinônimas ou não distinguem claramente entre ambos.”⁷³⁶

No Brasil, onde não há regulação do controle de convencionalidade, não aplicação e expulsão se distinguem, embora ambas impliquem juízo de invalidade. Isto é, diferenciam-se apenas no que tange aos efeitos de um ato que, em essência, é único: *o de declaração de inconvenção durante o exercício da técnica de controle de convencionalidade*.

Embora as técnicas de controle de convencionalidade e constitucionalidade sejam distintas, é pertinente citar decisão do STF no exercício do controle concreto de constitucionalidade em que registrou posição análoga a ora defendida. Qual seja, a de que o exercício de controle de compatibilidade normativa com base no critério hierárquico equipara uma declaração de inconstitucionalidade a uma “não aplicação” de norma por inconstitucionalidade. Para fins de aplicação do art. 97 da Constituição o STF em julgado da 2ª Turma e de relatoria do Min. Celso de Mello registrou que “esta Suprema Corte tem entendido equivaler, à própria declaração de inconstitucionalidade, o julgamento, que, sem declará-la, explícita e formalmente, vem a recusar a aplicabilidade ao ato do Poder Público, sob alegação de conflito com critérios resultantes do texto constitucional.”⁷³⁷ Posto isso, não há diferença essencial entre declaração de inconstitucionalidade, invalidade e afastamento de norma inconstitucional. A diferença está apenas nos efeitos que cada modalidade de invalidação resguarda.⁷³⁸ O controle concentrado de constitucionalidade pelo STF tem como efeito a invalidação e extinção da norma inconstitucional com efeitos gerais. Mas o controle difuso, por qualquer juiz e mesmo pelo STF, tem como efeito a rejeição da norma inconstitucional para o caso concreto e incidentalmente, também com invalidação da norma

⁷³⁶ ABBOTT, Max Silva. ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? **Estudios Constitucionales**, v.18, n. 2, p. 265-308, 2020. p. 269.

⁷³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo Interno. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 18 set. 2007. Publicado em 26 out. 2007. p. 3.

⁷³⁸ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 111.

entre as partes para solver a questão. O que corresponde a *deixar de aplicar a norma* inconstitucional, para quem prefere assim explicar.⁷³⁹

Essa é uma distinção recorrente na literatura especializada, mas que dificulta o entendimento dos efeitos do controle de *convencionalidade*. Sustenta-se que é mais adequado e fomenta um melhor patamar protetivo simplesmente reconhecer que a norma inconvençional, mesmo no controle nacional, é sempre *invalidada*, declarada nula e, como regra⁷⁴⁰, sem efeitos desde o nascedouro. E reconhecer, assim, que a invalidade é restrita ao caso e às partes que dele participam (no máximo os efeitos naturais dela alcançam terceiros).

⁷³⁹ ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes a emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 330-331.

⁷⁴⁰ “Em regra” diz-se porque mesmo no controle de constitucionalidade o “estado de inconstitucionalidade de um ato normativo não implica necessariamente a sua nulidade.” Clève cita o caso dos municípios putativos como exemplo de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 35/40). A técnica foi admitida pelo STF, por exemplo, na ADI 3.316 (“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.893, DE 28 DE JANEIRO DE 1.998, DO ESTADO DO MATO GROSSO, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DO LESTE. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA DA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO --- APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente **para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses**, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1.998, do Estado do Mato Grosso. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3316, Relator Min. Eros Grau. Julgado em 09 maio 2007, Publicado em 29 jun. 2007. Grifou-se).

Não há sentido útil em diferenciar a “invalidação” de “inaplicação”, quando o que na verdade muda são só os destinatários da invalidação, a depender da competência da autoridade decisória: por vezes a invalidade alcança a generalidade dos destinatários atuais e potenciais (efeitos *erga omnes*), e por vezes a invalidade alcança somente as partes do processo sujeitas à decisão (efeitos *inter partes*).

A distinção entre “não aplicação” e “invalidação”, ou entre “declaração de inconvenção” e “afastamento”, “não aplicação”, “desaplicação” ou eufemismos análogos não se sustenta. Tanto no controle de convencionalidade nacional quanto no controle de convencionalidade internacional as normas objeto de controle declaradas incompatíveis com tratados de direitos humanos são *inválidas*, e nos dois casos há invalidação de normas pelo agente competente após uma declaração solene de inconvenção – que poderá acontecer também no exercício da função administrativa, como se detalhará à frente. O que difere entre os casos são só os efeitos (*erga omnes* ou *inter partes*) da invalidação. Mas sempre há invalidação. Quem busca diferenciar as modalidades pratica, na verdade uma diferenciação eufemística entre invalidade e “não aplicação” que resulta, em termos práticos, na mesma coisa. Melhor, por isso, é reduzir a técnica ao seu resultado final de declaração de inconvenção, uma declaração de invalidade, e restringir seus efeitos *inter partes*, para o caso concreto; ou expandir seus efeitos à toda coletividade, *erga omnes*, quando o ordenamento jurídico assim prevê por dotar a autoridade decisória de uma competência especial.

A defesa de uma mera “não aplicação” por autoridades estatais que não órgãos superiores do Judiciário acaba apenas gerando insegurança e dúvida em nome de preservar uma prerrogativa que a doutrina insiste, sem motivo, em negar a outros agentes públicos que não os juízes constitucionais dos Tribunais de cúpula.

A diferenciação tem suas razões históricas. Conquanto desde 1957 se identifique na jurisprudência do STF a possibilidade de afastamento de lei reputada inconstitucional pelo Chefe do Poder Executivo⁷⁴¹, um caso notável que envolve matéria de Direito Administrativo é aquele julgado pelo STF em 1965, no Recurso em Mandado de Segurança n. 8.181-PR. O recurso buscava a reforma da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que chancelou, em mandado de segurança, a recusa do Governador e do Secretário de Educação e Cultura daquele Estado em aplicar a Lei Estadual n. 10/1959 de determinação para abertura de

⁷⁴¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 340.

concurso público para preenchimento dos cargos de professores da rede pública de ensino. Dita lei facultava a determinados sujeitos não participar de concurso público para o cargo de magistério oficial, desde que preenchessem determinados requisitos.

Portanto, poderiam assumir o cargo sem concurso. Mas, em homenagem ao princípio da isonomia e de amplo acesso aos cargos públicos (arts. 141, § 1º e 184 da CF/1946, respectivamente)⁷⁴², os impetrantes e órgãos da Administração Pública paranaense *se recusaram a aplicar a lei estadual* que reputavam eivada de inconstitucionalidade e determinaram o início de concurso público em que todos os interessados concorressem em igualdade. O STF não só manteve a decisão do Tribunal *a quo*, como reconheceu legítima a recusa de aplicação de lei inconstitucional pela Administração Pública, em acórdão assim ementado: “Mandado de Segurança. Denegação. Inconstitucionalidade da Lei n. 10, de 18 de fevereiro de 1959. Lícito é ao poder público deixar de aplicar Lei que considera inconstitucional e no sentido da decretação da inconstitucionalidade que representa a quem de direito.”⁷⁴³

Naquele período, sob a égide da Constituição de 1946, havia posicionamento claro do STF de que cabia à função administrativa *deixar de aplicar* uma lei que entendesse inconstitucional. Mas naquele mesmo ano de 1965 está o marco de uma mudança paulatina e ao mesmo tempo importante. Como registra Daniel Wunder Hachem, foi a partir da EC n. 16/1965⁷⁴⁴ que o STF passou a decidir contrariamente à corrente dominante que possibilitava o afastamento de normas pelo Poder Executivo. A razão da mudança estava na legitimação, dali em diante, para o Procurador-Geral da República provocar o controle abstrato de constitucionalidade.⁷⁴⁵

Felipe Faiwichow Estefan compartilha desse entendimento, e traça o histórico jurisprudencial do STF acerca da possibilidade do Poder Executivo recusar a aplicação de leis inconstitucionais, mencionando inclusive o Recurso em Mandado de Segurança n. 8.181-PR para detectar, também a partir da EC n. 16 de 26 de novembro de 1965, o início de um câmbio

⁷⁴² (Constituição Federal de 1946) “Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei.” “Art. 184 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer.”

⁷⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 8.181, Relator Min. Ribeiro da Costa, Tribunal Pleno, julgado em 04/01/1961. Publicado em 30 jan. 1961.

⁷⁴⁴ (Emenda Constitucional n. 16, de 26 de nov. 1965) “Art. 2º As alíneas *c*, *f*, *i* e *k* do art. 101, inciso I, passam a ter a seguinte redação: (...) *k*) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.”

⁷⁴⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 341.

jurisprudencial. Com a emenda, houve um enrijecimento das funções de cada Poder e a impossibilidade do Executivo deixar de aplicar uma lei: “ao Supremo Tribunal Federal caberia a declaração de inconstitucionalidade de lei, quando da sua provocação; ao Poder Legislativo, o controle preventivo da constitucionalidade, quando da apreciação de projetos de lei; e, ao Poder Executivo, a fiscalização de constitucionalidade preventiva pelo veto e, se este for rejeitado, pela representação de inconstitucionalidade, a ser formulada pelo Procurador Geral.”⁷⁴⁶

Apesar desse câmbio formal, o fato constatado pela pesquisa jurisprudencial de Estefan é que “apesar da aparente revisão de posicionamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Corte continuou a abrigar a legitimidade da recusa de cumprimento de lei inconstitucional, por parte do Executivo.”⁷⁴⁷ Estefan cita como exemplificativos o Recurso Extraordinário n. 85.787 julgado em 1978 e a Representação n. 980 julgada em 1979, seguidos então do emblemático julgado da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221, julgado já sob a égide da Constituição atual, em 1990. Naquela medida cautelar o STF embora tenha mantido a jurisprudência que aceitava a recusa da aplicação de lei inconstitucional pelo Chefe do Poder Executivo (ou por órgãos subalternos, desde que por ordem do Chefe do Poder Executivo)⁷⁴⁸, retomou a diferença essencial, registrada já na década de 1960 no âmbito do STF, e bastante replicada até hoje: aquela distinção entre “deixar de aplicar” uma lei por inconstitucionalidade e “declarar a inconstitucionalidade” de uma lei. Como dito, essa diferenciação vez ou outra é retomada nos textos sobre controle de convencionalidade para argumentar contra seu exercício pela função administrativa.

A distinção no STF se justificou para fins de cabimento da ADI n. 221, pois as medidas provisórias objetos da impugnação pela Procuradoria Geral da República foram

⁷⁴⁶ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 146.

⁷⁴⁷ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 146.

⁷⁴⁸ Hachem conclui da análise detalhada do histórico jurisprudencial que “há mais de cinquenta anos, [a orientação] é a de que a recusa administrativa à aplicação de leis havidas por inconstitucionais é admitida pelo ordenamento jurídico, observadas as seguintes peculiaridades: (i) ela compete apenas aos chefes do Poder Executivo, que não poderão declarar a inconstitucionalidade da lei, mas apenas negar-lhe execução e determinar aos seus subordinados que também o façam, desde que o Poder Judiciário ainda não haja se manifestado em sentido oposto; (ii) trata-se de uma prerrogativa genérica, que não se limita a casos de inconstitucionalidades específicas (v.g., violação de direitos fundamentais), estendendo-se a qualquer situação de ofensa legal à Constituição; (iii) o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos Municipais, ao se valerem de tal prerrogativa, estão sujeitos à revisão judicial de seus atos e à responsabilização civil, administrativa e criminal que deles possa advir.” (HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 343).

objeto de declaração de nulidade por outra medida provisória, a Medida Provisória n. 175 de 27 de março de 1990 que as seguiu cronologicamente. A redação da Medida Provisória n. 175/1990 registra uma *declaração de nulidade*, nos seguintes termos: “Art. 1º. A Medida Provisória nº 153, de 15 de março de 1990, que define os crimes de abuso de poder econômico e dá outras providências, e a Medida Provisória nº 156, de 15 de março de 1990, que define crimes contra a Fazenda Nacional (...), são declaradas nulas e sem nenhuma eficácia.”⁷⁴⁹ Competia, nesse contexto, ao STF analisar em caráter preliminar a perda de objeto da ADI n. 221, haja vista a declaração de nulidade das normas objeto de impugnação pela Presidência da República, órgão máximo do Poder Executivo. A partir desse conjunto fático-jurídico, a fundamentação do voto do relator do acórdão que, acolhido por unanimidade, superou a preliminar de perda de objeto e que consolidou a distinção entre “não aplicar” e “declarar inconstitucional” é a seguinte:

“Teria razão o Exmo. Sr. Procuradora-Geral da República quando a estar prejudicada a presente ação direta de inconstitucionalidade, se, em nosso sistema jurídico, se admitisse declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com força de lei por lei ou ato normativo com força de lei posteriores. E me refiro a inconstitucionalidade porque lei e ato normativo só podem ser declarados nulos por esse vício. Sucede, porém, que, no Brasil, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, à semelhança de países como, por exemplo, os Estados Unidos da América do Norte, a Argentina, a Itália, a Alemanha, em que só se admite o controle judiciário dessa constitucionalidade. Entre nós, como se adota o sistema misto de controle de inconstitucionalidade, se esta for declarada, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal, sua eficácia se limita às partes da lide, podendo o Senado Federal apenas ‘suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal’ (artigo 52, X, da Constituição). Já, em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo por meio de ação direta de inconstitucionalidade, a eficácia dessa decisão é *erga omnes* e ocorre, refletindo-se sobre o passado, com o trânsito em julgado do aresto desta Corte. Os Poderes Executivo e Legislativo podem declarar nulos, por ilegalidades ou por inconstitucionalidade, atos administrativos seus, e não leis ou atos com força de lei, e quando declaram a nulidade desses atos administrativos ficam sujeitos ao controle do Poder Judiciário, e poderão ser responsabilizados pelos prejuízos advenientes dessa declaração se este entender que inexistia a pretendida ilegalidade ou inconstitucionalidade. Em se tratando de lei ou de ato com força de lei, os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.”⁷⁵⁰

O excerto reflete a diferenciação que Ricardo Schneider Rodrigues em sua pesquisa aponta ter acontecido no Recurso em Mandado de Segurança n. 8.372/CE, julgado em 1962.

⁷⁴⁹ Grifos ausentes no original.

⁷⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221-DF. Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgamento em 29 mar. 1990. Publicado em 22 out. 1993. p. 21.

Na análise do RMS n. 8.372/CE o autor identifica no voto do Min. Relator Pedro Chaves a inauguração na jurisprudência brasileira de “uma distinção entre declarar a inconstitucionalidade e não aplicar leis inconstitucionais”.⁷⁵¹ Ao fazer a distinção o Ministro Relator teria concluído pelo dever amplo de todo Poder e órgão de Estado *não aplicar* leis inconstitucionais. A diferença, assim como em 1990 na ADI n. 221, é sutil, mas fulcral, inclusive para tratamento do controle de convencionalidade.⁷⁵²

Diferenciar a “não aplicação” da “declaração de inconstitucionalidade” tem sua razão de ser histórica na distinção operativa entre sistemas de controle concentrado de constitucionalidade e de controle difuso, o último próprio da tradição do *common law* dos precedentes judiciais. Na tradição do *judicial review* do sistema norte-americano de controle difuso de constitucionalidade não existe uma retirada das leis do mundo jurídico válida *erga omnes*. Os tribunais simplesmente interpretam as leis para, nos casos de inconstitucionalidade, não as aplicar nos casos concretos. O sistema de *stare decisis* é que garante a replicabilidade do juízo de inconstitucionalidade que, segundo Mauro Cappelletti, é interpretado não como uma violação aos poderes do Legislativo, mas uma simples recusa de aplicação para o caso concreto. Apesar disso, na prática, registra o autor, trata-se de uma “verdadeira anulação da lei com, ao menos na teoria, efeitos retroativos.”⁷⁵³ Trata-se, portanto, de um eufemismo que garante a harmonia entre os poderes Judicial e Legislativo. Que, por sua vez, não teria razão de ser em países que possuem uma Corte Constitucional com competência expressa para controle concentrado de constitucionalidade. Nos países filiados à tradição austríaca, a possibilidade de declarar sem pudor uma lei inválida e recusar sua aplicação com efeitos

⁷⁵¹ RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. p. 621.

⁷⁵² “O verbo apreciar, utilizado neste enunciado, não compreende a *declaração* de inconstitucionalidade, mas apenas – insista-se – autoriza a *não* aplicar leis inconstitucionais, no caso concreto, por ser esta uma *obrigação* de qualquer tribunal ou órgãos de *qualquer* dos poderes de Estado.” (RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. p. 622).

⁷⁵³ O trecho na íntegra é elucidativo: “In this way, the simple reasoning of Hamilton in the *Federalist* and Marshall in *Marbury v. Madison* has had more far-reaching effects than would at first have been imagine. In truth, this reasoning tended to resolve the problem of unconstitutionality of the legislation in terms of simple statutory interpretation. Since, the argument ran, the Constitution is a superior law, the judge, having to decide a case where the applicable law is in his opinion unconstitutional, must give precedence to the Constitution. The judge does not invade the realm of the legislative power; he is not attempting to legislate. He simply disregards the ‘lower’ law in the concrete case. However, through the instrument of *stare decisis*, the ‘non-application’ in the particular case becomes in practice a genuine quashing of the unconstitutional law which is final, definite and valid for every future case. In short, it becomes a true annulment of the law with, at least in theory, retroactive effects.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial Review in comparative perspective*. **California Law Review**, n. 5, v. 58, p. 1017-1053, out. 1970. p. 1043).

gerais torna desnecessário o emprego de expressões distintivas para conter indisposições com o Legislativo.

A utilização daquela distinção no histórico jurisprudencial do STF, portanto, possui a mesma função de contenção de tensões entre poderes. No entanto, no caso brasileiro, de contenção entre os poderes Judiciário e Executivo e para interditar, eufemisticamente, uma competência invalidadora de efeitos gerais e abstratos para a função administrativa. A lógica no Brasil se inverte na medida em que o Judiciário em um sistema de *civil law* emprega a expressão para manter as *suas* prerrogativas invalidadoras. Demonstra-o bem o conteúdo da Súmula Vinculante n. 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.” A súmula demonstra que soluções como ignorar ou meramente “afastar” uma lei que um órgão judicial reputa inconstitucional não são viáveis à luz do art. 97 da CF, pois são na prática compreendidas pelo STF como uma forma de *declarar inconstitucionalidade*. Isto é, “afastar” a incidência de uma lei é compreendida nada mais como “declarar inconstitucional” uma lei, *invalidá-la*, a ponto de exigir para fins de aplicação do art. 97 da CF, de reserva de plenário.

Assim é que se tem, hoje, salvo raras exceções⁷⁵⁴, as seguintes principais distinções acompanhadas dos seguintes efeitos, replicadas acriticamente não só para o controle de constitucionalidade, mas inclusive para o novel controle de convencionalidade: (i) só o Poder Judiciário poderia *declarar a inconstitucionalidade* ou *inconvencionalidade* de uma lei ou ato

⁷⁵⁴ É o caso de Hachem, quem defende após acurada defesa que: “Qualquer agente público que executar uma lei inconstitucional restritiva da esfera jurídica do cidadão (afrontando um direito fundamental ou um direito legalmente previsto) ofenderá, com seu ato, o direito fundamental à tutela administrativa efetiva. Não é preciso que seja um chefe do Poder Executivo o executor da ação inconstitucional para que ela seja lesiva a esse direito, que todo cidadão possui, de que a Administração proteja seu conjunto de direitos de modo espontâneo, integral e igualitário. Por esse motivo, seria contraditório com a fundamentação até aqui oferecida admitir que somente o Presidente da República, os Governadores de Estado e os Prefeitos Municipais seriam legitimados para exercer essa prerrogativa excepcional. Até porque, se não há uma previsão constitucional explícita que autorize, com todas as letras, os chefes do Executivo ou qualquer outro agente a fiscalizar repressivamente a constitucionalidade das leis, por qual razão jurídico-normativa apenas os primeiros ostentariam essa competência implícita?” (HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 341). Juarez Freitas também destoa das principais correntes e sustenta que uma obediência cega à legalidade interromperia a supremacia da Constituição. Por isso é que cabe ao Estado-administração “por meio de agentes especialmente qualificados e investidos para tanto, máxime os integrantes das Carreiras de Estado, uma espécie de controle da higidez constitucional dos processos e atos administrativos. Controle que permita, motivadamente e em determinados contextos, até a inaplicabilidade de lei ou de ato administrativo normativo (...)” Afinal, a Constituição não prevê exclusividade ao Judiciário para controlar atos que afrontem a supremacia constitucional. Ao contrário, o art. 23, I da CF prevê competência comum a todos os *entes* federativos para a guarda da Constituição (FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 218-221).

normativo “com força de lei”, o que da depender a modalidade de controle de constitucionalidade – ou convencionalidade - terá efeitos restritos às partes da ação (na modalidade difusa, efeitos *inter partes*) ou efeitos gerais coincidentes com a erradicação da lei ou do ato “com força de lei” do ordenamento jurídico (na modalidade concentrada, efeitos *erga omnes*); **(ii)** o Poder Executivo pode *declarar nulos* por inconstitucionalidade ou inconvencionalidade apenas atos administrativos por ele próprio editados, o que teria efeito gerais ou *erga omnes*, mas está sujeito a controle judicial; **(iii)** o Poder Executivo, e apenas por meio de sua Chefia, poderia *deixar de aplicar* ou determinar que órgãos subordinados *deixem de aplicar* no âmbito de suas funções leis ou atos “com força de lei” que repute inconstitucionais ou inconvencionais, o que se supõe teria efeitos limitados às partes afetadas na relação jurídico-administrativa – ou seja, por vezes teria efeitos *inter partes*, por vezes *erga omnes*, a depender da natureza mais ou menos abrangente do ato reputado inconstitucional ou inconvencional.

Defende-se, portanto, que a distinção, que se reconhece ter sua razão de ser no histórico do controle de constitucionalidade, é artificial para o controle de convencionalidade. Ela tem o propósito de conter abertamente o compartilhamento de uma competência que, na prática, é invalidadora de normas. Sua única função é relativizar a abrangência *dos efeitos da invalidação* quanto aos destinatários, que não deixa, apesar disso, de ser em essência um ato de invalidação. Bandieri, por exemplo, ao se referir à conduta de não aplicação pelo juiz de norma inconstitucional no controle difuso, apõe aspas ao explicar o efeito da declaração judicial para o caso concreto: “O juiz, na sua tarefa de resguardo constitucional, não exerce um controle constitucional propriamente dito, ou controle ‘forte’, posto que seu pronunciamento de inaplicabilidade não tem, nesta versão (...) eficácia direta sobre a lei, DNU, decreto, regulamento ou ordenança que qualifica em sua decisão, posto que a ‘invalidação’ não transcende o caso concreto.”⁷⁵⁵

O trecho citado é quase um ato falho, que ao colocar entre aspas a palavra *invalidação* evidencia que, na prática, é esse o efeito que se reconhece no controle difuso de normas, ainda que *inter partes* e realizado como “não aplicação.”

Essa conclusão é confirmada por argumento trazido à baila por Lucas Catib de Laurentiis. O autor, embora se posicione contra o controle de constitucionalidade pela Administração Pública, quando elenca os argumentos pelos quais não poderia o Poder

⁷⁵⁵ BANDIERI, Luis Maria. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas. **Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho natural, hermenêutica jurídica y el papel del juez**. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Octubre, 2013. p. 3.

Executivo sequer “afastar” em casos concretos normas que entende inconstitucionais, demonstra a irrelevância da distinção entre “declaração de inconstitucionalidade” e “afastamento de norma inconstitucional”. Mesmo para Laurentiis, o Executivo vinculado ao princípio da legalidade só poderia atuar para “afastar” normas em duas hipóteses: **(a)** “Ou uma norma mais nova ou mais específica do que aquela discutida foi encontrada e a aplicação desta exclui a daquela; **(b)** “ou deve haver uma declaração de inconstitucionalidade, cujo efeito é justamente a suspensão da execução de norma viciada. Portanto, é uma ficção, para não dizer um erro, dizer que a administração possa suspender a aplicação de leis vigentes sem que sua inconstitucionalidade seja declarada.”⁷⁵⁶

O argumento revela, assim, a assimilação entre as condutas, pois o afastamento de normas só poderia acontecer por parte do Executivo após prévia declaração de inconstitucionalidade/inconvencionalidade (ou quando há norma superveniente incompatível com a norma afastada). Especificamente para o controle de convencionalidade, entende-se que não há sentido em manter a distinção, que nem mesmo na jurisprudência do STF é fundada em análise detida das normas constitucionais brasileiras (como se observa do trecho do voto acima) mas em argumento de autoridade pretensamente respaldado pelo Direito Comparado, isto é, em uma suposta “atribuição exclusiva do Poder Judiciário, à semelhança de países como, por exemplo, os Estados Unidos da América do Norte, a Argentina, a Itália, a Alemanha, em que só se admite o controle judiciário dessa constitucionalidade.”⁷⁵⁷

Ademais, a diferença ignora um amplo complexo institucional de órgãos estatais que estão fora do Poder Executivo, e embora executem funções enquadradas como administrativas não estão vinculados à chefia do Poder Executivo. Mesmo entre as decisões mais recentes do STF sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade por órgãos fora da estrutura institucional do Judiciário, como o TCU ou o CNMP, a distinção ainda não permite uma encontrar uma direção segura e unânime. São três posições, em síntese, que se verificam no STF na última década⁷⁵⁸, parte delas afetas à diferenciação entre “não aplicar” e “declarar

⁷⁵⁶ LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012. p. 154.

⁷⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221-DF. Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgamento em 29 mar. 1990. Publicado em 22 out. 1993. p. 21.

⁷⁵⁸ Schneider investiga julgados mais recentes do STF, principalmente em mandados de segurança, que decidiram sobre a competência de outros órgãos que exercem função administrativa para apreciar inconstitucionalidade, sendo eles o TCU, CNMP e CNJ. Os julgados investigados pelo autor são: MS n. 28.141/MT (2011), MS n. 28.872/DF (2011), MS n. 27.744/DF (2015), MS n. 26.739/DF (2016), Pet n. 4.656/PB (2016); MS 35.410/DF, MS n. 34.482/DF (2018), MS n. 28.936/DF (2019), MS n. 36.190/DF (2019). (RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência

inconstitucional”: **(a)** a que admite a partir da distinção apontada que a função administrativa “deixe de aplicar” norma reputada inconstitucional com fundamento no princípio da supremacia da Constituição⁷⁵⁹; **(b)** a que não admite que a função administrativa possa fazê-lo, pois recusa a distinção apontada e inovadoramente equipara “inaplicar” com “declarar a inconstitucionalidade”, o que em qualquer caso seria função privativa do Poder Judiciário; e **(c)** a que preserva a distinção apontada e permite a função administrativa “deixar de aplicar” a norma, desde que o STF tenha pacificado em sua jurisprudência a norma como inconstitucional.⁷⁶⁰

Até mesmo a tentativa de reduzir as posições do STF sobre aquela criticada distinção esbarra em dificuldades, e não consegue ser perfeita. Tanto mais porque já não se vive mais o paradigma limitado e rígido de atuação de apenas três poderes de Estado. Nas decisões do STF sobre o tema percebe-se, em razão do próprio objeto das ações em julgamento, a necessidade de ir além da jurisprudência tradicional que limitava a recusa de aplicação de lei pelo Chefe do Poder Executivo ou por órgãos a ele subordinados. A Corte envereda pela atuação de outros órgãos, como CNJ, CNMP e TCU, o que se tornou inevitável nas últimas décadas em virtude do maior protagonismo no concerto das competências e controle estatal dessas instituições que não exercem função jurisdicional.

Assim é que, por exemplo, nos casos em que o STF decide sobre as competências constitucionais do TCU para apreciar a inconstitucionalidade de leis as correntes interpretativas se transmutam, a ponto de ser impossível relatar uma posição pacífica.⁷⁶¹ O

do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. p. 623-633).

⁷⁵⁹ Segundo Rodrigues, essa é posição hoje majoritária no STF, sintetizada na postura do Ministro Luiz Fux: Para “o Min. Fux, não se confunde com controle de constitucionalidade, medida privativa do Judiciário, mas seria mero afastamento de norma inconstitucional, facultado a toda a Administração Pública. Independentemente da terminologia adotada, essa postura é aceita pela maioria dos ministros (...)” (RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. p. 634). Na Petição n. 4.656 de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, julgada pelo Plenário em 2016, identifica-se essa posição: “Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 4.656. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 19 dez. 2016. Publicado em 04 dez. 2017).

⁷⁶⁰ No Mandado de Segurança n. 26.739 julgado em 2016 pela 2ª Turma do STF foi decidido sobre as competências do CNJ para controle de ato administrativo de fixação de férias de 60 dias a servidores da 2ª instância da Justiça Estadual de Minas Gerais que “Quanto à fundamentação adicional de inconstitucionalidade, o Supremo tem admitido sua utilização pelo Conselho quando a matéria já se encontra pacificada na Corte, como é o caso das férias coletivas.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.739. Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 01 mar. 2016. Publicado em 14 jun. 2016).

⁷⁶¹ O TCU, por exemplo, entende que natureza *sui generis*, com competências e prerrogativas oriundas diretamente da Constituição. Por seu turno, a supremacia da Constituição garante sua prevalência em casos

mais recente julgado sobre o tema é o Mandado de Segurança n. 25.888/DF, em que o Plenário do STF reafirmou, por maioria, a validade da Súmula n. 347 em questão sobre decisão do TCU que declarou inconstitucional o atualmente revogado art. 67 da Lei n. 9.478/1997.⁷⁶² Naquele caso, decidiu o STF que apesar da perda do objeto da ação mandamental causada pela revogação do dispositivo, não poderia o TCU ter simplesmente declarado a lei inconstitucional, pois “(i) não havia inconstitucionalidade manifesta; (ii) não existia jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade do tema; (iii) a doutrina apontava na direção oposta àquela que fora adotada pelo Tribunal de Contas da União.”⁷⁶³ O que se extrai desse recente julgado é que o STF apenas admite a declaração de inconstitucionalidade pelo TCU em caráter incidental, nunca abstratamente, e sob condicionantes: **(i)** apenas nos casos em que seja imprescindível ao exercício do controle externo e **(ii)** quando exista uma manifesta violação à norma constitucional *ou* **(iii)** exista jurisprudência pacífica sobre o tema no âmbito do STF. Respeitados esses condicionantes, o voto vencedor do relator daquele mandado de segurança,

concretos julgados pelo TCU. Acórdão que consolidou o tema da declaração de inconstitucionalidade pelo TCU foi o Acórdão 2000/2017-Plenário, de relatoria do Min. Zymler. No julgado entendeu-se que o art. 14 da Lei 13.464/2017, redigido em favor de auditores da Receita Federal do Brasil, seria inconstitucional. O dispositivo garante pagamento de bônus a servidores, afastando-o da base de cálculo de contribuição previdenciária. O TCU entendeu que se o servidor não contribui, não pode ter direito ao bônus incorporado nos proventos, em razão do art. 40, §§ 1º e 3º da CF. A apreciação de constitucionalidade no caso que resultou o Acórdão 2000/2017-Plenário aconteceu, inicialmente, em medida cautelar concedida de ofício pelo TCU (por sugestão da unidade técnica - TC 021.009/2017-1). Posteriormente o recurso de agravo foi provido para revogar a cautelar, pois ela proibia com efeitos *erga omnes* o pagamento do bônus aos aposentados/pensionistas. Transcreve-se: “55. A despeito da relevância da questão e da materialidade do dano apurado (cerca de R\$ 477 milhões anuais), observo que a unidade técnica propõe verdadeiro controle prévio e *in abstracto* de constitucionalidade de norma legal, o que não se insere no rol de competências desta Corte e é atribuição exclusiva do Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, art. 102, inciso I, alínea “a”). 56. É certo que o Tribunal pode, nos casos concretos, examinar a constitucionalidade de norma, mas não é essa a proposta da Sefip, que busca impedir todo e qualquer pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade instituído pela Lei 13.464/2017 aos aposentados e pensionistas da Carreira de Auditoria Fiscal do Ministério da Fazenda e do Ministério do Trabalho, afastando-se a aplicação dos §§ 2º e 3º do art. 7º e dos §§ 2º e 3º do art. 17, ambos da Lei 13.464/2017, por estarem em desconformidade com os princípios da solidariedade, da contributividade e do equilíbrio financeiro e atuarial, todos insculpidos no caput do art. 40 da Constituição Federal.” (Acórdão 2000/2017) ‘9.2. alertar a Sefip de que os §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017 somente poderão ter a sua incidência afastada nos casos concretos submetidos à apreciação deste Tribunal, consoante autorizado no enunciado nº 347 da Súmula do STF;’”. (Acórdão 2000/2017). Ainda em sede de embargos de declaração, no Acórdão 2391/2017-Plenário, registrou o TCU: “Nada disse o acórdão embargado acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.469/1997, até porque a possibilidade de o Tribunal apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público (enunciado 347 da Súmula da jurisprudência predominante no e. STF) está adstrita ao exame de caso concreto, sem alcançar consulta sobre caso hipotético. (...) Em verdade, pretendem os embargos revisitar o mérito da decisão recorrida, bem como desafiar o Tribunal a realizar controle de constitucionalidade concentrado. A resposta pretendida pelo consulente somente pode ser fornecida pelo e. STF, em ação declaratória de constitucionalidade ou direta de inconstitucionalidade, disciplinadas no art. 103 da Constituição Federal.” - Acórdão 2391/2017-Plenário)

⁷⁶² (Lei n. 9.478/1997) “Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República. (Revogado pela Lei nº 13.303, de 2016)”

⁷⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 25.888/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 22 ago. 2023. Publicado em 11 set. 2023.

Ministro Gilmar Mendes, refere-se à possibilidade de Administração Pública apenas “deixar de aplicar” leis ou atos inconstitucionais.⁷⁶⁴ A leitura do acórdão indica que esses requisitos devem valer para atuação de outros órgãos com assento constitucional, como CNJ e CNMP.

Aquela posição foi majoritária, e votaram contrariamente ao relator os Ministros Nunes Marques e Luiz Fux. O Min. André Mendonça divergiu, mas não a respeito da interpretação da Súmula n. 347. Por fim, embora tenha acompanhado o relator no mérito do julgamento, o Min. Edson Fachin apontou ressalvas sob o tema em discussão, e segundo seu voto declarado caberia, ao TCU, *sem aqueles condicionantes acima listados*, decidir por “deixar de aplicar” leis nos casos concretos a ele submetidos em que *a maioria absoluta da Corte de Contas considere haver inconstitucionalidade*.⁷⁶⁵

Seria útil traduzir didaticamente a apreciação de correntes no STF, o que sugeriria a posição de cada turma ou Ministro a respeito da separação de poderes e competências de cada função, mas como acima visto entre os integrantes há interpretações individuais (e quiçá contraditórias) que revelam a ausência de uma interpretação única da teoria das invalidades sequer no âmbito do controle de constitucionalidade.⁷⁶⁶ Se a incerteza e insegurança reina em

⁷⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 25.888/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 22 ago. 2023. Publicado em 11 set. 2023. Voto do Min. Gilmar Mendes. p. 17.

⁷⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 25.888/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 22 ago. 2023. Publicado em 11 set. 2023. Voto do Min. Edson Fachin. p. 1-15.

⁷⁶⁶ Como denuncia Rodrigues, após analisar os julgados mais recentes do STF, o Min. Barroso, por exemplo, entendeu no MS n. 27.744/DF que deixar de aplicar norma inconstitucional na função administrativa seria *controle incidental de constitucionalidade*, com efeitos para o caso concreto. Mas o mesmo Min. Barroso, ao votar na Pet. 4.656/PB, teria deixado entender que essa competência, todavia, é reservada apenas aos órgãos administrativos que não sejam “subalternos”, e que há, apesar da terminologia que ele emprega, uma diferença entre não aplicar uma lei e declará-la inconstitucional. Já para “o Min. Fux, não se confunde com controle de constitucionalidade, medida privativa do Judiciário, mas seria mero afastamento de norma inconstitucional, facultado a toda a Administração Pública. Independentemente da terminologia adotada, essa postura é aceita pela maioria dos ministros (...)” Na leitura de Schneider do voto de Luiz Fux na Pet. 4.656/PB o Ministro diferenciaria as situações do seguinte modo: “(...) o controle de constitucionalidade possui uma eficácia geral muito mais ampla do que o mero afastamento da norma, pois (i) extirpa a norma do ordenamento em definitivo; (ii) repristina os atos anteriores; (iii) possibilita a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade, disciplinando as relações jurídicas pendentes; e (iv) vincula todos os demais poderes públicos.” A defesa do Min. Fux é a de que “o Judiciário tem a *primazia* da interpretação final, mas não o *monopólio* da aplicação da Constituição.” A não aplicação de norma só poderia acontecer, porém, quando não há dúvida a respeito de sua inconstitucionalidade. Nos casos em que há “dúvida ou dissenso razoável, deve-se aplicar a norma e exercer a autocontenção, prestigiando-se a opção do legislador investido democraticamente.” A Min. Carmén Lúcia, na Pet. 4.656/PB “Acentuou a diferença entre se declarar a inconstitucionalidade e não aplicar lei inconstitucional, além de enfatizar o ideal da sociedade aberta de intérpretes, de Peter Häberle.” A diferença estaria no fato de que declarar a inconstitucionalidade implica em invalidá-la com efeitos *erga omnes* (o que acontece nas hipóteses de anulação e revogação de norma), o que só pode acontecer no controle concentrado de constitucionalidade no STF segundo ela. O mesmo não aconteceria, a seu ver, quando o órgão apenas deixa de aplicar uma norma. Entretanto, a mesma julgadora, “Por outra via, negou a possibilidade de qualquer agente singular vier a recusar a aplicação de texto normativa a partir de uma interpretação singular do texto constitucional, bem como a possibilidade de se conferir efeito *erga omnes* por ocasião do controle de validade de atos administrativos.” Deixar de aplicar lei tida como inconstitucional deverá, nessa perspectiva apresentada pela Min. Carmen Lúcia,

tema tão consolidado como o controle de constitucionalidade, ela se multiplica no ainda recluso controle de convencionalidade e se repete quando se insiste na postura de equipará-los.

A partir da equiparação nefasta entre controles de constitucionalidade e convencionalidade é que análise dos efeitos da declaração de inconvencionalidade geram sempre dúvidas, principalmente em virtude da posição do próprio STF desde o 2008 no paradigmático caso da prisão do depositário infiel⁷⁶⁷, em que se destacou a eficácia paralisante da norma convencional em relação às normas infraconstitucionais. Para Sarlet, cabe aprofundar os estudos sobre esses efeitos da inconvencionalidade, se afetariam a esfera de eficácia de atos normativos ou também a esfera de validade. Para o autor, o “modelo dúplice”⁷⁶⁸ dos efeitos de inconvencionalidade sugerido pelo STF merece críticas, e “eventual incompatibilidade entre a normativa interna, no todo ou em parte, implica a declaração de sua invalidade e consequente inaplicabilidade.”⁷⁶⁹ Pouco importa o momento de vigência da norma controlada e paradigma do controle. *Seja qual for o caso, a incompatibilidade atacará o plano da validade.* Afinal, não há simetria entre as práticas de controle abstrato e incidental de constitucionalidade com o de convencionalidade. Por isso, “o efeito de invalidação, assim como suas respectivas consequências, opera, no nosso entender, tanto no caso de normas

ser sempre ato *colegiado* de órgão administrativo: “Para a Ministra, nesses casos a regra do art. 97 da CR deve ser observada pelos órgãos colegiados de controle administrativo, dada a necessidade de se conferir maior segurança quanto à conclusão sobre a existência de vício, alcançando-se um entendimento inequívoco do colegiado acerca da inconstitucionalidade da lei que fundamenta o ato administrativo objeto do controle. Desta forma, estaria homenageando, ainda, os princípios da segurança jurídica e da duração razoável do processo.” Ainda como exemplo, da corrente de polo oposto, para o Min. Alexandre de Moraes só o Judiciário pode apreciar (in)constitucionalidade, o que decorre do princípio da separação dos poderes “e que não seria extensível a qualquer outro órgão administrativo.” Assim, um órgão como o TCU não poderia realizar a apreciação “por não se submeter às regras de freios e contrapesos às quais se submete o STF (legitimidade taxativa, pertinência temática, cláusula de reserva de plenário, quórum qualificado para modulação de efeitos, quórum qualificado para edição de súmulas vinculantes, etc.).” (RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021. p. 625-633).

⁷⁶⁷ Segundo Flávia Piovesan, o julgado impulsionou a doutrina do controle de convencionalidade no Brasil: “O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalizadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis.” (PIOVESAN, Flávia. Força Integradora e Catalizadora do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, jul./dez. 2013. p. 23).

⁷⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 57-58.

⁷⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 58.

anteriores à ratificação dos tratados quanto no caso de normas posteriores.”⁷⁷⁰ Nesse ponto Sarlet registra a posição de Mazuolli, segundo o qual a edição de norma posterior à ratificação de um tratado gera após a declaração de inconveniência perda da *validade*, e por consequência a perda da *eficácia*. Se o caso é de ratificação de tratado após a entrada em vigor de norma interna, a declaração de inconveniência pressuporia revogação.⁷⁷¹ No controle de convencionalidade nacional, portanto, a declaração de inconveniência terá o efeito de tornar inválida uma norma para as partes envolvidas, ainda que não retire a vigência daquela mesma norma. Haverá, assim, norma vigente e inválida para as partes interessadas no litígio.⁷⁷² O fundamento desses efeitos restritos às partes, mas ainda assim no plano da validade, derivaria do que prevê o sistema internacional de processamento por violações estatais a direitos humanos. É sabido que, em regra, a Corte IDH deve determinar a partir da declaração de inconveniência que todos os efeitos da violação sejam reparados pelo Estado infrator, desde o início. A determinação convencional é de reparação de todas as consequências da inconveniência (art. 63 da CADH), o que segundo Mac-Gregor só é viável se houver o reconhecimento da inexistência de efeitos da norma contrária à convenção *desde o seu nascedouro* (declaração retroativa, portanto). Nada recomenda que a mesma lógica não deveria valer para os efeitos do controle de convencionalidade nacional.⁷⁷³

Portanto, mesmo a não aplicação implica o reconhecimento de um defeito de validade da norma⁷⁷⁴, que só consequentemente atinge a eficácia da norma, e apenas para as partes integrantes do caso *sub judice* ou sob discussão administrativa. Ao declarar inconveniente uma norma interna (seja norma constitucional, lei, decreto, regulamento ou resolução), o agente público que realiza o controle de convencionalidade nacional invalida a norma/deixa de aplicar/inaplica a norma para o caso concreto, sem retirá-la do mundo jurídico. Assim a norma persiste e pode ser aplicada em outros casos em que não necessariamente contrarie normas internacionais convencionais. Para Alcalá, a “não

⁷⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 58.

⁷⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 57.

⁷⁷² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 160.

⁷⁷³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 586-588.

⁷⁷⁴ As consequências jurídicas do controle nacional de convencionalidade são basicamente a convalidação ou a invalidação da norma doméstica em relação à norma convencional (cf. RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 559).

aplicação” corresponde a uma derivação da aplicação preferente da norma do tratado internacional em face de outras normas menos protetivas.⁷⁷⁵

A expulsão por inconvenção, mais drástica, atinge também o plano da validade, e retira definitivamente a norma do mundo jurídico para a generalidade dos destinatários, com efeitos *erga omnes*, isto é, para além de eventuais partes diretamente interessadas. Seria o caso, para parte dos estudiosos, das situações em que declarada a inconvenção via controle concentrado pelo STF a partir de tratados equivalentes a emendas constitucionais (art. 5º, § 3º da Constituição).⁷⁷⁶ Entende-se, como dito mais acima, que quando exercido pela função jurisdicional essa hipótese é de controle de constitucionalidade⁷⁷⁷, e não de controle de convencionalidade “concentrado”, inexistente por ora no Brasil. Seja como for, em ambos os casos o que varia é apenas o efeito provocado pela declaração de inconvenção (entre partes ou geral). Isso porque o defeito, em ambas as situações, é de invalidade da norma objeto do controle, o que implica em reconhecer ausência de produção dos efeitos da norma desde sua edição ou desde o momento em que se tornou incompatível com a norma convencional parâmetro de controle.

Esclarecidos aqueles pontos sobre os efeitos do controle repressivo de inconvenção, resta ainda registrar que é plenamente possível que ocorra o fenômeno da inconvenção superveniente⁷⁷⁸, quando uma norma originalmente convencional se torna inconvenção após sua edição, por mudança de orientação jurisprudencial mais favorável aos destinatários ou por ratificação de tratado internacional de direitos humanos

⁷⁷⁵ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 356.

⁷⁷⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 65.

⁷⁷⁷ Adota-se a linha interpretativa de Alcalá nesse ponto, segundo quem a retirada de normas internas inconvenção pelo Judiciário (o autor denomina “derrogação” ou “anulação”) só é permitida quando os direitos humanos convencionais integram o bloco de constitucionalidade. Nesse caso o órgão jurisdicional com competência jurisdicional constitucional pode expulsar a norma inconvenção do ordenamento, da mesma maneira que acontece no controle de constitucionalidade concentrado (Cf. ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 357).

⁷⁷⁸ Não há julgado no STF que tenha explorado de modo claro a tese da inconvenção superveniente. E, a partir da jurisprudência em matéria de controle de convencionalidade, seria possível sustentar que o STF não a acata, preferindo empregar a tese da não recepção. No Recurso Extraordinário n. 511.961, em que julgou sobre a exigência do diploma de jornalista para exercício profissional, o STF explorou opinião consultiva da Corte IDH e decidiu que o art. 4º, V do Decreto-lei n. 972/69 não foi *recepção* pela CF (cf. SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 60).

mais favorável. A inconvenção superveniente obriga, também, não aplicar e reconhecer sem efeitos por invalidez a norma não mais de acordo com os direitos humanos mais protetivos.⁷⁷⁹

Afora os casos de inconvenção superveniente por mudança jurisprudencial, quando norma anterior conflita com tratado de direitos humanos recém ratificado, o caso é de revogação imediata da norma objeto de controle e com efeitos para dali em diante (invalidação prospectiva). A adesão a um tratado de direitos humanos torna toda norma anterior à sua vigência automaticamente revogada se contrária à norma convencional. As normas posteriores incompatíveis da mesma forma são ineficazes, segundo Gordillo.⁷⁸⁰ Quando norma posterior à ratificação de tratado de direitos humanos é editada e constata-se incompatibilidade, trata-se de invalidez *ab initio* da norma incompatível e menos favorável, com consequente ineficácia também *ab initio* da norma de menor hierarquia.⁷⁸¹

Por fim, em relação aos efeitos do controle de convencionalidade repressivo sobre práticas estatais, como ele sempre se dá em direção a uma conduta ou ato estatal concretos, o que se passa após a declaração de inconvenção é o reconhecimento da invalidez e a suspensão e encerramento dos efeitos jurídicos determinados ou impulsionados pela prática impugnada. O ato é declarado nulo por contrariedade à norma convencional e cessam suas repercussões. À frente, no capítulo 3, também serão discutidos e exemplificados os efeitos concretos da decisão de inconvenção sobre práticas objeto de controle de convencionalidade na função administrativa que geram a invalidação do ato controlado, os quais declarados inconvenção podem ainda gerar responsabilidade estatal (e do agente público, por ação de regresso) pelos danos que eventualmente provocaram.

⁷⁷⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. p. 30.

⁷⁸⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. VI-20.

⁷⁸¹ Mazzuoli assim explica as técnicas, a partir de sua posição sobre a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos: “(...) quando a lei anterior conflita com um tratado (comum – com *status* supralegal – ou de direitos humanos – com *status* de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e já em vigor no Estado, ela é revogada (derogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado lhe é posterior, para além de *superior*); e (...) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (não obstante ser eventualmente *compatível* com a Constituição) tem-se que tal norma é *inválida* (apesar de *vigente*...) e, consequentemente, *ineficaz*.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 143-144).

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO ESTADO-ADMINISTRAÇÃO

Justificado o controle de convencionalidade como técnica de garantia dos direitos convencionais positivados, interpretados pela Corte IDH e internalizados no ordenamento jurídico nacional após ratificação de tratado, e após demonstração das linhas gerais sua diferença em relação ao controle de constitucionalidade e os critérios básicos para operacionalização da técnica, o capítulo 2 serve à defesa da tese da competência dos agentes que exercem função administrativa do Estado para declarar a inconvenção de normas e práticas estatais. O capítulo apresenta os fundamentos e contornos do controle de convencionalidade pelo Estado-administração, tema pouco explorado na doutrina especializada e pela própria Corte IDH.

A tese enfrenta o cabimento do controle de convencionalidade de normas pela Administração Pública em face de normas produzidas por ela própria, mas também as de outros Poderes, como o Legislativo quando edita leis e atos dele próprios. A tese distingue e defende também, sob certos limites determinados pela ordem jurídica brasileira, a viabilidade de controle de convencionalidade administrativo sobre práticas estatais, entre elas as sentenças e outras decisões judiciais contrárias a tratados de direitos humanos. Para tanto, de início será explicitada a revolução provocada pela convencionalidade no princípio da legalidade, a fim de sedimentar as bases teóricas para justificação e descrição do exercício de técnica invalidadora e suspensiva de atos por parte do Estado-administração, quais sejam, o Poder Executivo via Administração direta e indireta no exercício de sua função típica, mas também outros Poderes e órgãos de Estado que exercem função administrativa.

2.1. A Administração Pública no Estado Convencional de Direito

A convencionalidade é conceito jurídico complexo que obriga a compreensão do fenômeno jurídico além das fronteiras estatais. Conquanto ainda em construção, ela impõe o reconhecimento de que as nações pertencem a uma comunidade dialogante de Estados que existem com um objetivo comum: a proteção e garantia de existência digna e plena dos seres humanos.⁷⁸² A convencionalidade é paradigma de enfrentamento à soberania absoluta dos

⁷⁸² Quem até o momento mais acuradamente pesquisou e teorizou a convencionalidade como paradigma jurídico foi Santofimio Gamboa: “O conceito de convencionalidade é um conceito amplo, omnicomprensivo, complexo e em processo de consolidação no âmbito do direito, que envolve, dada sua configuração, um claro e inobjeto elemento amplificador do ordenamento jurídico vigente em cada Estado, não só pelo fato do pertencimento

Estados. Amplia a base das normas jurídicas cogentes às autoridades públicas para além daquelas produzidas internamente, e pela via de seus princípios orientadores conectados ao DIDH reestrutura as bases de normas jurídicas caras aos ordenamentos ocidentais, como a da legalidade administrativa, o que será adiante discutido no subcapítulo 2.1.1. A convencionalidade implica uma nova forma de Estado, o Estado Convencional de Direito, com rearranjo das fontes e hierarquias normativas. Em matéria e discussões afetas dos direitos humanos, dá-se não primazia rígida a uma única norma hierarquicamente superior, mas à mais favorável ou menos restritiva. O critério *pro persona* (denominado comumente de “princípio *pro persona*” ou “princípio *pro homine*”) e seus limites serão analisados no subcapítulo 2.1.2. As duas seções são introdutórias ao tema central da tese, o controle de convencionalidade pelo Estado-administração e sua operacionalização na pendência de regulação do tema em sede nacional.

2.1.1. A vinculação administrativa à legalidade estrita no Estado Legislativo superada pela vinculação aos tratados de direitos humanos no Estado Convencional

No Direito pré-moderno ocidental não existia monopólio do Direito pelo Estado, cuja produção e aplicação era compartilhada entre múltiplas ordens concorrentes.⁷⁸³ O Estado de Direito nasce na Era Moderna com a negação da concorrência entre ordens jurídicas, quando a lei é definida como critério exclusivo de identificação do Direito válido e justo por emanar da

desses à comunidade internacional, senão também, e adicionalmente, por estar ligados a ela, através de instrumentos jurídicos vinculantes como poder ser, entre outros, os tratados, convênios, protocolos e acordos internacionais de toda ordem. O só fato de pertencer à comunidade de Estados significa a afirmação dos princípios gerais de direito a toda comunidade civilizada e na qual se assentaram os ordenamentos jurídicos, e a defesa e cumprimento das obrigações internacionalmente imperativas (*ius cogens*), que produzem efeitos *erga omnes*, se encontrem positivadas ou não. 2. Nessa linha de pensamento a convencionalidade é uma estrutura substancial e material de direito, nutrida de princípios, valores, regras e normatividade imperativa e preponderante, surgida do fato da existência mesma de um conjunto de nações, assim como de exercício pleno da boa-fé objetiva (*pacta sunt servanda*) entre elas, que se faz acompanhar dos instrumentos adjetivos e processuais para sua devida aplicação, o cabal cumprimento de seus propósitos e o logro das finalidades que dela se desprendem, em cada caso, para cada um dos setores da atividade pública ou privada na qual devam surtir plenamente seus efeitos, configurando essencialmente um todo normativo e de princípios que exclui qualquer leitura dualista dos ordenamentos; pelo que rompe com conceitos absolutos de soberania nacional, adequando-a às necessidades próprias de estruturas estatais sociais e democráticas de direito que tem como curso e finalidade a integração, reciprocidade e universalidade em favor do ser humano, o que se convencionou chamar, de maneira recíproca, de internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional.” (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 27-30).

⁷⁸³ Cf. GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

autoridade estatal competente. É a primeira fase do positivismo jurídico e a fase do Estado Legislativo de Direito, com afirmação do princípio da legalidade.⁷⁸⁴

No Estado Legislativo de Direito a partir do século XVIII na Europa ocidental, aqui traduzido como Estado Liberal⁷⁸⁵, a lei produzida pelo Poder Legislativo era a garantia de liberdade dos particulares e de não interferência arbitrária na esfera jurídico patrimonial dos cidadãos, notadamente a propriedade privada.⁷⁸⁶ O Direito Administrativo nas suas origens modernas e a supervalorização do princípio da legalidade são frutos da visão liberal de Estado, que via nas ações positivas da Administração Pública riscos à atuação livre e desimpedida de direitos de liberdade do particular.⁷⁸⁷ Já no século seguinte, no século XIX, o Estado de Direito “se afirma mediante o princípio da legalidade (...), síntese da ideia que fundamenta o chamado Estado liberal de direito.”⁷⁸⁸ A liberdade passa a ser, conforme proposto pelos teóricos iluministas, a liberdade dentro da lei, segundo o que a lei editada pelos representados do povo conforma.⁷⁸⁹ No Direito Público, a razão de ser do princípio da legalidade administrativa foi e ainda é proteger o cidadão de investidas arbitrárias do Poder Público. Ao exigir que restrições à liberdade e propriedade fosse autorizadas sempre pelo Poder Legislativo em caráter antecedente à atuação administrativa estava-se garantindo a preservação dos direitos fundamentais do cidadão na medida em que as restrições só seriam

⁷⁸⁴ “Se compararmos o código civil de Napoleão ou o código civil italiano com as *Instituciones* de Gaio, as diferenças substanciais podem parecer relativamente escassas. O que muda é o título de legitimação, que já não é a autoridade dos doutores, mas a autoridade da fonte de produção; não a verdade, mas a legalidade; não a substância, é dizer, a justiça intrínseca, mas a forma dos atos normativos.” (FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de derecho. Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP)*, n. 17, p. 31-45, 2001. p. 32-33).

⁷⁸⁵ A ideia de Direito, que infundia a Revolução Francesa, assinalava-se, desse modo, pela preocupação com a liberdade, que se tornou notória como ‘liberal’, rendendo ensejo ao designativo ‘Estado Liberal’ como o cognome mais conhecido do primeiro estágio do Estado de Direito.” (ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 7-8).

⁷⁸⁶ Acompanhado disso, não houve preocupação com a regulação do funcionamento interno da Administração Pública: “O Estado de Direito liberal garantiu a liberdade individual e a propriedade privada, fazendo incidir, a pouco e pouco, o princípio da legalidade nas relações entre particulares e Estado, mas deixando à margem o espaço da organização administrativa, matéria que teve suas virtualidades jurídicas subestimadas pelos teóricos do Estado de Direito, especialmente no campo da atividade administrativa interna. (...) Em síntese, os primeiros tempos da organização administrativa liberal se caracterizaram por uma administração externa marcadamente autoritária e uma administração interna extrajurídica.” (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 44-45).

⁷⁸⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 211-212/223.

⁷⁸⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez., 2016. p. 147.

⁷⁸⁹ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 9-15.

legítimas quando aprovadas pelos representantes eleitos do povo.⁷⁹⁰ É usual, nesse sentido, a lição assaz repetida no campo do Direito Administrativo com base no art. 37, *caput* da Constituição de que “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”⁷⁹¹ Trata-se essa de uma concepção forte de legalidade administrativa, em seu sentido positivo, que mais drasticamente que seu sentido fraco⁷⁹², conforma rigorosamente o administrador público a ponto de proibir sua atuação quando não existir lei produzida pelo Poder Legislativo que viabilize o agir a administrativo.

Entretanto, compreendida literalmente, a clássica lição de que a Administração só pode fazer estritamente o que a lei autoriza está ultrapassada. Haverá casos em que a Administração pode, sim, agir na ausência de lei ou mesmo contra a lei.⁷⁹³ Desde que se atente para a finalidade do princípio da legalidade torna-se ilógico proibir a atuação administrativa na ausência de lei em sentido estrito quando a consequência do agir for a expansão da esfera de direitos do cidadão e o cumprimento das normas constitucionais e/ou previstas em tratados de direitos humanos. No atual paradigma passa-se a compreender que “o cumprimento da lei não é garantia de que os mais importantes direitos humanos serão

⁷⁹⁰ A utilidade do princípio da legalidade como garantia da manifestação da vontade geral é em si mesma posta em xeque. Para uma crítica à bases do princípio da legalidade, à ideia da lei como manifestação da voz popular através dos representantes eleitos, e à lei direcionada ao real atendimento do interesse público, com a demonstração de que “a lei destinada a vincular positivamente o administrador público: (I) não é a cristalização da vontade geral do povo brasileiro, (II) tampouco fruto de um colégio coeso e representativo.” Cf. a análise que André Cyrino faz mediante instrumental da teoria da *public choice*. (CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo-RDA**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan./abr. 2017. p. 179). Em complemento, Paulo Otero expõe as fissuras da legalidade e defende a Constituição “como fundamento directo e imediato do exercício de poderes decisórios por parte dos órgãos administrativos, marginalizando-se a necessidade de intervenção do legislador, e permitindo o exercício de poderes contra a lei e em vez da lei.” (OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativo à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 740).

⁷⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 85.

⁷⁹² Que vincularia a Administração à legalidade, mas não a impediria de agir, discricionariamente, nos espaços em que a lei não a proibisse. Se foi esse o sentido da legalidade administrativa em algum lugar e tempo, não é o que vige hegemonicamente sob a ordem constitucional brasileira. Fabrício Motta sintetiza essa diferenciação proposta para a legalidade administrativa no Estado Liberal: “Em um primeiro momento, prevaleceu a vinculação negativa à lei (*negative bindung*), associada ao poder discricionário, entendendo que a Administração possuiria espaço livre para atuar à margem de expressa previsão legal. Essa concepção inicial refletia ainda resquícios do ‘princípio monárquico’ que pretendia justificar na condição histórica do monarca como Chefe do Executivo um maior grau de autonomia para dispor sobre o funcionamento e organização administrativa. O surgimento e a consagração da *vinculação positiva* da Administração à lei, por seu turno, ligam-se à doutrina positivista de Hans Kelsen, que não admite nenhum poder jurídico não provindo de norma anterior que contenha habilitação para tanto.” (MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 33-34).

⁷⁹³ Cf., para um panorama sobre a possibilidade de atuação *contra legem* e *prater legem* do Estado-administração em função da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o capítulo 7 de HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 321-442.

respeitados pelo Estado-Administração. Aliás, é justamente essa a razão de ser do Direito Internacional dos Direitos Humanos: evitar, mediante a assunção de compromissos político na ordem internacional, que um Estado viole direitos humanos em seu território sob o argumento de que sua atuação está em desconformidade com uma lei interna.”⁷⁹⁴

Foi já a partir da segunda metade do século XX que o Estado de Direito recepcionou uma formatação distinta, em que a legalidade estaria a partir de então subordinada a constituições rígidas, hierarquicamente superiores. A validade da lei não dependeria mais só do fato de que emanou da autoridade estatal competente, mas dependeria desde então também da compatibilidade de seu conteúdo com a Constituição.⁷⁹⁵ Configura-se na formulação típico-ideal o chamado Estado Constitucional de Direito, em que o legislador ademais de tudo está obrigado a legislar para satisfazer os direitos individuais e sociais previstos constitucionalmente.⁷⁹⁶ O Poder Executivo divide, a partir de então, protagonismo com o Legislativo em um modelo de Estado intervencionista que, para combater as desigualdades⁷⁹⁷ e alavancar a dignidade humana, também por satisfação de direitos sociais, age de modo incisivo.⁷⁹⁸ Assim, na segunda metade do século XX observa-se o advento do Estado Social de Direito (Estado de Bem-Estar) marcado pelas características da juridicidade, democracia e socialidade⁷⁹⁹, e simultaneamente a ele o reconhecimento da força normativa da Constituição e da possibilidade de proteção dos direitos através das garantias previstas nas Leis Fundamentais, fenômeno que provocou uma verdadeira revolução jurídica.⁸⁰⁰ Essa radical

⁷⁹⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207–257, 2021. p. 212.

⁷⁹⁵ O horror nazista foi definitivo para a percepção de que a lei editada legitimamente pelos representantes eleitos não era garantia de condutas estatais legítimas. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in comparative perspective. **California Law Review**, n. 5, v. 58, p. 1017-1053, out. 1970. p. 1032-1033.

⁷⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP)**, n. 17, p. 31-45, 2001. p. 34.

⁷⁹⁷ “A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação.” (PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 123-124).

⁷⁹⁸ “É possível notar, na evolução das concepções de Estado, o reforço da tendência de *participação do Executivo no processo de edição de atos normativos*, sobretudo primários. O questionamento da adequação da clássica teoria da separação é reforçado diante do Estado intervencionista, que surgiu em razão da necessidade de regulação social, de um poder público atuante e preocupado com a vida socioeconômica da sociedade. Sem qualquer pretensão de investigar, com profundidade, a evolução e o sentido das funções do Estado, pode-se, sem dúvida, afirmar que não persistiu por muito tempo a característica de comedimento nas intervenções estatais, típica do Estado Liberal.” (MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 48-49).

⁷⁹⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 71-110.

⁸⁰⁰ A doutrina administrativista francesa há décadas percebeu a noção alargada do princípio da legalidade conducente da atividade administrativa. Transcreve-se a análise Eisenmann, quem, todavia, é adepto do sentido clássico do princípio da legalidade: “Mas é um fato: hoje, a maioria da doutrina administrativa, ao que parece, e,

alteração do sentido da legalidade administrativa no Estado de Direito se intensificou a ponto de se cogitar a atuação administrativa contra a lei em sentido estrito que se faça necessária para garantir a efetividade dos direitos fundamentais e humanos - civis e políticos, econômicos, sociais ou culturais -, esses últimos contemporaneamente, no século XXI, lidos e interpretados desde uma disciplina autônoma, o DIDH, que informa a lógica principiológica e jurídica do que aqui prefere-se denominar Estado Convencional de Direito.⁸⁰¹

As bases do Direito Internacional contemporâneo e o reconhecimento de ordenamentos públicos globais⁸⁰² superam a discussão da preferência por modelos diferentes de Estados e, muito mais radical, põem em “crise a concepção de *legalidade* desenvolvida como base do Estado de Direito.”⁸⁰³ O princípio da legalidade administrativa se transformou.⁸⁰⁴ O esquema clássico de divisão de poderes remete ao Executivo a função de administrar o aparelho de Estado e executar leis criadas pelo Legislativo. Mas mesmo sem considerar a influência dos tratados internacionais, esse esquema é relativizado na contemporaneidade. Há atos administrativos editados com regressão direta à Constituição, sem que o Legislador tenha participado da criação da norma que lhes apoia. Trata-se de uma

em todo o caso, os seus representantes mais marcantes, perfilham outros caminhos. Para eles, o princípio da legalidade define uma relação entre os atos - ou as ações da Administração e não mais tão-sómente as normas legislativas, mas, no mínimo, o conjunto dessas normas oriundas de fontes diversas.” (EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, abr. 1959. p. 49).

⁸⁰¹ Cyrillo, Fuentes-Contreras e Legale sustentam a preferência pelo termo “Estado Interamericano de Direito”, cuja vantagem seria alargar, inequivocamente, os parâmetros normativos que informam a atuação estatal para além das convenções firmadas, inclusive no exercício do controle de convencionalidade. Os autores defendem, expressamente, o “Inter-American Rule of Law” aplicável a todos os Poderes de Estado. Cf. CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgard Hernán; LEGALE, Siddharta. Inter-american Rule of Law in South American. **Sequência**, Florianópolis, v. 42, p. 1-27, 2021.

⁸⁰² Na Europa a ressignificação mais intensa da legalidade administrativa decorre do estabelecimento de um Direito Comunitário europeu a partir da criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Tratado de Paris de 1951) e, mais tarde, da União Europeia (Tratado de Maastricht de 1992). Fausto de Quadros aponta desde a interação do Direito Comunitário e Direito Administrativo de cada país uma reestruturação da legalidade, que ressoa fortemente no Caso Simmenthal julgado pelo Tribunal de Justiça em 1978. Segundo ele, duas consequências daquela interação e integração merecem destaque: “(...) por um lado, o alargamento do bloco de legalidade à luz do qual se demarca o conteúdo do princípio da legalidade da actividade administrativa na Ordem Jurídica de cada Estado, porque às fontes internas de proteção dos direitos fundamentais se soma a sua fonte comunitária; depois o robustecimento da jurisdição dos tribunais administrativos nacionais, na medida em que eles passam a actuar **também** como tribunais comuns do contencioso comunitário, para garantir a eficaz aplicação do Direito Comunitário na respectiva ordem interna.” (QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do Direito Administrativo**: o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária. Coimbra: Almedina, 2001. p. 44-45).

⁸⁰³ MORAS, Juan M. González. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. **Documentación Administrativa**, n. 267-268, set.2003/abr. 2004. p. 57.

⁸⁰⁴ “O princípio da *legalidade* administrativa encontra suporte no art. 37, *caput*, da Constituição, representando a subordinação dos atos administrativos aos ditames da lei em sentido formal, impondo uma exigência de atuação *secundum legem*, ao passo que o princípio da *juridicidade*, igualmente condicionante do agir administrativo, extrai-se de todo o tecido constitucional e do ordenamento jurídico globalmente considerado - aí incluídos os direitos humanos e os princípios constitucionais não expressos - traduzindo-se como o dever de obediência do poder público à integralidade do sistema jurídico.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 169).

transformação em direção à juridicidade,⁸⁰⁵ norma a partir da qual se reconhece que “a atuação da Administração Pública não pode ser inteiramente livre, mas vinculada pela totalidade do ordenamento jurídico”.⁸⁰⁶

Hoje, a interpretação constitucionalmente adequada⁸⁰⁷ e *convencionalmente* adequada ressignificam o sentido clássico do princípio da legalidade.⁸⁰⁸ Como manifesta Jesús M. Casal Hernández, o “Direito Constitucional, que em alguns casos era um apêndice ou um argumento de reforço dentro do acervo dos estudiosos ou aplicadores do Direito Administrativo, passa a ganhar autonomia científica e espaço próprio no foro, o que influencia na formação dos juristas.”⁸⁰⁹ A Administração Pública continua se sujeitando ao princípio da legalidade, mas a norma constitucional e o DIDH acarretam sua *releitura*.⁸¹⁰ As bases do Direito Administrativo se alteram, regendo-o não somente a lei produzida pelo Legislativo, mas também as próprias normas de origem pública ou privada, nacionais ou internacionais, às quais a Administração se vincula, de forma espontânea ou não.⁸¹¹

O princípio da juridicidade altera a concepção clássica da legalidade administrativa e faz *desnecessária* “regra legal *específica* (leia-se: lei formal) para habilitar toda e qualquer ação administrativa.”⁸¹² É evidente que com isso não se assume a desnecessidade de vetores normativos que orientem a ação administrativa, o que de resto seria incompatível com a lógica

⁸⁰⁵ REGUEIRA, Enrique Alonso. **El control de convencionalidad de la actividad administrativa**. Bueno Aires: Lajouane, 2017. p. 24-26.

⁸⁰⁶ MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 132.

⁸⁰⁷ “Não se pode, assim, empregar o princípio da legalidade tal qual foi concebido em sua construção originária no constitucionalismo oitocentista, impondo-se, portanto, a sua adequação às transformações operadas na concepção de Constituição dos Estados Democráticos contemporâneos.” (HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção científica do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 199-219, out./dez. 2011. p. 217).

⁸⁰⁸ “O Estado passa a ser operados de um direito que já não é *lei* (porque perde seus atributos de coerência e unidade), senão ordenamento jurídico aberto, no qual os direitos fundamentais do homem em face do próprio Estado estão definidos e garantidos por ordenamentos jurídicos internacionais que obrigam ao Estado tanto nacional como internacionalmente.” (MORAS, Juan M. González. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. **Documentación Administrativa**, n. 267-268, set.2003/abr. 2004. p. 58).

⁸⁰⁹ HERNÁNDEZ, Jesús M. Casal. El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. **Rechtsgeschichte**, v. 16, p. 212-241, 2010. p. 214.

⁸¹⁰ “O Estado se transforma, assim, em um dos mais variados 'operadores jurídicos' de um ordenamento que já não se pode mais definir nem conformar de maneira uniforme e exclusiva. O Estado passa a ser operador de um Direito que já não é *lei* (porque perde seus atributos de coerência e unidade), senão ordenamento jurídico aberto, no qual os direitos fundamentais do homem frente ao próprio Estado estão definidos e garantidos por ordenamentos jurídicos internacionais que obrigam ao Estado tanto nacional quanto internacionalmente.” (MORAS, Juan M. González. La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, a. XXIX, n. 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-53, set. 2007. p. 20).

⁸¹¹ Para uma introdução sobre a autovinculação da Administração à normas oriundas de diversas fontes, cf. SADDY, André. Administração pública e os códigos de conduta. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 233-261, jan./abr. 2013.

⁸¹² MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 129.

assumida no ordenamento jurídico de que o motor do Poder Público é o Direito, e não a vontade arbitrária de alguém.⁸¹³ A função administrativa acontece segundo o ordenamento jurídico, mas nem sempre segundo uma lei em sentido estrito.⁸¹⁴ Embora em relação a algumas matérias, como por exemplo aquelas de natureza sancionatória, a Administração ainda esteja vinculada à existência de lei em sentido estrito, produzida pelo Poder Legislativo⁸¹⁵, está sepultado o entendimento segundo o qual a Administração Pública só pode fazer aquilo o que a lei formal determina. Em alguns casos poderá, aliás, agir na ausência de lei, com apoio e regressão direta na Constituição ou em tratados internacionais (comuns ou de direitos humanos).

As interpretações dos Tribunais internacionais passam a influenciar e também a obrigar os Estados na aplicação dos tratados, com destaque para a CADH e Corte IDH no âmbito da América Latina e do SIDH.⁸¹⁶ Faria sentido, assim, falar em constitucionalismo latino-americano, com compartilhamento de normas internacionais de direitos humanos entre países da região que possuem constituições abertas aos direitos humanos convencionais e que dividem o desejo comum de superar o passado autoritário e a corrupção e implementar a

⁸¹³ “Em síntese, se a juridicidade pode ser definida como uma legalidade ampliada, enriquecida e multinível, independentemente de um protagonista visível do Governo na definição de meios e modos da concretização da Administração de bem-estar, não se pode prescindir, na linha assinalada por Sérvulo Correia, ao menos de uma reserva de norma jurídica, em outras palavras, de uma vinculação à juridicidade.” (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 76).

⁸¹⁴ As fontes últimas de atuação do Estado são os direitos humanos e fundamentais: “As Constituições europeias do segundo pós-guerra e, sob sua matriz, a brasileira de 1988, consagram um princípio geral de socialidade, fundado, de modo explícito ou implícito, em direitos fundamentais cuja vocação principal é assegurar prestações materiais oponíveis ao Estado. Daí que, num primeiro momento, especialmente a partir de meados do último século, tal princípio geral gerou a consolidação e expansão de amplo aparato estatal responsável por sua concretização.” (BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017. p. 292).

⁸¹⁵ “O *princípio da legalidade* não fica imune ao ambiente em transformação, deixando de conter somente a sujeição do Estado à lei para abarcar também preceitos valorativos e éticos, além de sujeitar a atividade administrativa à observância dos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição, que passam a ser vetores indicativos e interpretativos daquela atividade. Em atenção a esse estado de coisas, agravado pelo contínuo crescimento das demandas sociais, diversas técnicas são utilizadas pelo Legislativo, sempre por intermédio da lei, como ausência de definições rigorosas, enumerações exemplificativas, presunções, conceitos fluidos e cláusulas abertas. O conceito clássico de lei, que servia à proteção de liberdade e propriedade e pressupunha vocação de generalidade e permanência, atualmente é mais aberto. (...) No cenário do pós-positivismo, antes comentado, o princípio da legalidade deve ser visto sob um prisma diferenciado que abranja a totalidade do ordenamento, notadamente dos princípios e valores constitucionais. Ao lado da exigência de lei em sentido formal para a disciplina de determinadas matérias e para a habilitação à prática de determinados atos pela Administração, devem coexistir outras formas de manifestação da legalidade.” (MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 89-90).

⁸¹⁶ “A própria compreensão dos direitos na atualidade deixar de ser um fenômeno puramente estatal para internacionalizar-se.” (BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 50-53).

justiça social.⁸¹⁷ Defende-se que é inevitável a integração do ordenamento jurídico e do Direito Administrativo à normatividade internacional. Senão inevitável, é desejável e benéfico, atualmente, a recepção dos tratados internacionais e dos entendimentos oriundos de órgãos internacionais como a Corte IDH e Comissão IDH. Há um Direito supranacional e internacional em constante construção que obrigam todos os Poderes e órgãos dos Estados. O regramento internacional transcende o regramento nacional ao menos em um mínimo normativo de direitos humanos que se pretende universal.⁸¹⁸

Nesta quadra o que importa é afastar entendimentos reducionistas de que a Administração só poderia agir caso autorizada expressamente por lei formal editada pelo Legislativo nacional, o que termina por excluir muitas das normas convencionais vigentes e imediatamente aplicáveis. A juridicidade informante do renovado princípio da legalidade administrativa obriga a que todo órgão da Administração se abstenha de atuar contra o bloco de convencionalidade, edite normas e atue em conformidade com os tratados de direitos humanos.⁸¹⁹ Como se verá adiante, obriga que a Administração da mesma forma recuse aplicação de normas e as práticas contrárias aos tratados de direitos humanos. A mudança, é importante ressaltar, exige a leitura das normas administrativas e a compreensão do agir administrativo à luz “dos critérios, opiniões e decisões emanadas de quem aplica as normas constitucionais do Pacto de São José da Costa Rica na esfera internacional: Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos.”⁸²⁰

O princípio da legalidade, apesar da inegável importância e indiscutível força normativa⁸²¹, agora é só mais um dos condicionantes do atuar administrativo. A atuação

⁸¹⁷ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano**: entre o conflito e o diálogo de jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 50-55.

⁸¹⁸ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. III-21-22.

⁸¹⁹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, H; VALADÉS, D (Org.). **Formación y perspectiva del Estado mexicano**. Ciudad de Mexico: El Colegio Nacional-UNAM, 2010. p. 151-188. p. 184.

⁸²⁰ COLANTUONO, Pablo Á. Gutiérrez. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009. p. 4.

⁸²¹ “Embora o *mundus iuris* não deva ficar estéril às suas necessárias mudanças, donde a importância das críticas doutrinárias à lei, não se pode esquecer de que os artigos 5º, inciso II; 37, *caput*; e 84, inciso IV, da Constituição consagram com luminosa clareza o princípio da legalidade, reservando ao corpo legislativo a expedição de normas constitutivas, modificativas ou extintivas de direitos e obrigações, não sendo factível propugnar que críticas doutrinárias desconstituam as suas características constitucionalmente delineadas. (...) Inegável a importância do Congresso enquanto espaço privilegiado de debate e confrontação política. É local onde os trâmites são públicos, não libertos à fiscalização ou controle da sociedade e dos segmentos sociais interessados na matéria. A sua existência, enfim, é imperiosa ao funcionamento da máquina estatal democrática.” (ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 161-162).

administrativa está abrangida pelo princípio da juridicidade.⁸²² A juridicidade leva à legalidade em sentido amplo, diretriz normativa que obriga o respeito à Constituição, à lei, aos próprios atos administrativos e aos tratados de direitos humanos. Leva à necessidade, como reconhecido pela Corte IDH, de que os agentes públicos responsáveis pela concretização da vontade legal plasmada nas normas de diversas origens e naturezas exerçam plenamente as técnicas garantidoras de direitos de estatura elevada, como são os direitos humanos convencionais. Entre essas técnicas está o controle de convencionalidade nacional.

O princípio da legalidade não pode servir de empecilho ao controle de convencionalidade. As leis devem ser compatíveis com a Constituição e conforme o “princípio da convencionalidade”, pois os Estados se comprometeram a cumprir de boa-fé os tratados de direitos humanos e a dar-lhes efetividade (*effet utile*). Esse, como visto no capítulo 1, é um dos principais fundamentos do controle de convencionalidade, conforme manifestado desde a Opinião Consultiva n. 14/1994 pela Corte IDH.⁸²³ Essas considerações são tão relevantes que justificam, contemporaneamente, falar em “supremacia convencional”, em que os tratados de direitos humanos, como a CADH, se posicionam hierarquicamente acima das Constituições,⁸²⁴ ao menos relativamente do ponto de vista da estrutura hierarquizante das normas positivadas e do ponto de vista do critério *pro persona*, adiante analisado.

Essas conclusões não permitem ignorar a corrente doutrinária e jurisprudencial dominante que se aferra ao já não mais justificável princípio da legalidade estrita, tido como verdadeiro dogma.⁸²⁵ Isso se identifica até mesmo no plano das leis delegadas, autorizadas constitucionalmente, mas raramente empregadas no Brasil. Uma interpretação tímida da possibilidade de delegação por parte do Legislativo ao Poder Executivo se explica pelo receio do autoritarismo do Poder Público após a redemocratização na década de 1980. A leitura

⁸²² ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 45.

⁸²³ “Segundo o Direito Internacional as obrigações que este impõe devem ser cumpridas de boa-fé e não se pode invocar para seu descumprimento o direito interno. Essas regras podem ser consideradas como princípios gerais do direito e foram aplicadas, ainda que tratando-se de disposições de caráter constitucional, pela Corte Permanente de Justiça Internacional e pela Corte Internacional de Justiça (...). Do mesmo modo, essas regras foram codificadas nos arts. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.” (CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 14/1994. Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção (Arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Publicada em 9 dez. 1994. § 35).

⁸²⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. **Urbe et Ius - Revista de Opinión Jurídica**, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013. p. 38-39.

⁸²⁵ O próprio Ministro da Suprema Corte brasileira, Luís Roberto Barroso, reconhece que mesmo nos países que dão primazia ao Direito Internacional nas suas constituições, o fato é que “a jurisprudência restritiva dos tribunais tende a neutralizar essa supremacia formal”. (BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre Direito Internacional e Direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 151).

predominante no Brasil é a da sujeição positiva da Administração Pública ao princípio da legalidade, justificada sempre no temor de que o Executivo atue arbitrariamente em prejuízo dos direitos dos cidadãos. Há historicamente muito temor do que pode a Administração Pública fazer em detrimento dos direitos fundamentais e humanos caso lhe reserve maior margem de escolha, como exemplifica o art. 25 do ADCT.⁸²⁶ Adensa esse problemático ambiente interpretativo o fato de que o STF nunca distinguiu claramente o poder regulamentar do Poder Executivo da delegação legislativa. Inclusive, “Aceitam-se regulamentos, ainda que bem alargados, mas são afastadas delegações.”⁸²⁷

Mas, apesar desse temor, na prática a Administração Pública é responsável por um sem-número de atividades em um “Estado que muito dificilmente funcionaria sem o Poder Executivo com papel de criação e não de simples aplicação da vontade legislativa”, haja vista principalmente “os custos e dificuldades inerentes à formação de uma vontade legislativa exauriente.”⁸²⁸ Ademais, esse temor não é justificável quando se exige que a Administração Pública *amplie* ou *efetive* direitos humanos.

Gordillo critica as teorias estatistas do Direito Administrativo, aquelas que por comodismo resultam, nas situações concretas da realidade, em privilégio ao Estado em detrimento dos indivíduos e da sociedade. O Direito Administrativo deve ter um compromisso com a liberdade humana muito além daquele enunciado em declarações solenes.⁸²⁹ Desde os grandes até os pequenos problemas da vida cotidiana que envolvem a disciplina jurídico-administrativa, todos devem ser resolvidos sob a orientação de que os direitos do indivíduo frente ao Estado devem ser harmonizados com o exercício do poder. Essas considerações são

⁸²⁶ (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) “Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa; II - alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.”

⁸²⁷ Na linha do que explicam André Cyrino e Daniel Capecchi Nunes, a leitura tradicional do art. 25 do ADCT e a consequente “doutrina da indelegabilidade não consegue refletir em sua visão de democracia e de divisão de poderes, as complexidades do funcionamento institucional brasileiro. Simultaneamente, o que ela propugna é uma perspectiva normativa que tem o condão de produzir um sistema ingovernável, com altos custos de transação. Por isso, trata-se de uma teoria empiricamente míope e normativamente indesejável.” (CYRINO, André; NUNES, Daniel Capecchi. A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, p. 175-198, out./dez. 2017. p. 182/188).

⁸²⁸ CYRINO, André; NUNES, Daniel Capecchi. A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, p. 175-198, out./dez. 2017. p. 180.

⁸²⁹ “Mas de que valem essas declarações, se quando se trata de dar uma solução a um problema concreto – a uma pequena questão que não decide a vida ou a morte de um indivíduo, mas que resguarda um verdadeiro conflito entre autoridade e indivíduo -, se esquecem as declarações e se resolve facilmente que *esse* indivíduo *nesse* caso não tem razão?” (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. III-2).

válidas também para os direitos sociais, haja vista a superação do liberalismo clássico e da noção de que basta o Estado garantir direitos individuais. Careceria de sentido as instituições estatais se resignarem a observar passivamente as gritantes desigualdades econômicas e sociais enfrentadas pelo povo.⁸³⁰

No final das contas, o dogma da legalidade como motor exclusivo de atuação da Administração nunca passou disso, de dogma.⁸³¹ Dito isso, o aceite da convencionalidade como paradigma de um novo Estado Convencional de Direito exige a submissão de todos os Poderes de Estados e autoridades públicas aos princípios de DIDH, incluso o *jus cogens*, e normas convencionais internalizadas por ratificação.⁸³² Em primeiro plano já a *aplicação* direta das normas de tratados de direitos humanos pela Administração Pública é impositiva.⁸³³ Ela carece de “intermediários normativos”, como descreve Agustín Gordillo.⁸³⁴ Se não há lei ou ato administrativo que regule o modo de aplicação do direito humano previsto em tratado internalizado, será aplicado diretamente pelo agente público (o que vale também para a técnica de controle de convencionalidade nacional, assentada em norma da CADH). O que não pode haver é a negativa de eficácia da norma sob o pressuposto de que lhe carece regulamentação. Nesse sentido, a interação entre o princípio da legalidade e os tratados de direitos humanos foi analisada pela Corte IDH no Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011), em que foi reconhecida a vinculação dos órgãos estatais àquele parâmetro de atuação,

⁸³⁰ “A Constituição e a ordem jurídica supraconstitucional oferecem um equilíbrio das atribuições que outorgam; reconhecem atribuições ao Estado, mas também direitos inalteráveis aos indivíduos. Nem um nem outros podem ter supremacia; ambos devem harmonizar-se dentro da ordem jurídica.” (GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. III-22-III-23/ III-31).

⁸³¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 224.

⁸³² GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos convencionales para el control de la arbitrariedad de la Administración: instrumento idóneo en los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 221-222.

⁸³³ A Constituição do Equador é exemplo do renovado paradigma na medida em que reconhece expressamente a aplicabilidade direta de tratados internacionais por agentes públicos: “Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”

⁸³⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. VI-27.

mas indicado ao mesmo tempo, e indubitavelmente, a impossibilidade de recusa de aplicação das normas de tratados de direitos humanos internalizados com primazia.⁸³⁵

As convenções internacionais mudam as Administrações Públicas e passam-lhes a exigir uma conduta ativa em direção à efetivação verdadeira dos direitos humanos, no plano da realidade. A aplicação dos direitos convencionais deve ser direta por parte das Administrações Públicas em seus processos administrativos, tal como a replicação da jurisprudência internacional.⁸³⁶ Não há, por outro lado, que se fazer qualquer distinção quanto ao destinatário, já que os direitos humanos são direitos exigíveis por qualquer pessoa. Pouco importa sua nacionalidade, origem, ou situação legal no país em que reside ou transita. Como lembra Eduardo Appio, a “conceção de direito subjetivo público tem de ser reinterpretada pelos juízes dos Estados signatários, já que ao falar de direitos humanos estamos em meio a um novo cenário, no qual cada sujeito de direito é considerado de forma individual independentemente das relações de cidadania que estabeleça com o Estado a que pertence.”⁸³⁷ Acrescente-se: a reinterpretação cabe não só aos juízes, mas a qualquer agente público, especialmente aqueles mais próximos da realização cotidiana da cidadania, os responsáveis pela concretização da função administrativa.

A juridicidade assim demanda, ao mesmo tempo que enobrece a atividade administrativa.⁸³⁸ Esta, de mera preparação para uma eventual judicialização, se transforma na

⁸³⁵ “164. Por otra parte, la Corte resalta que el Tribunal Supremo de Justicia, la Comisión Judicial y los demás órganos disciplinarios deberán velar por la salvaguarda de los derechos de los jueces provisorios y temporales. Al respecto, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. 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, 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 Americana.” (CORTE IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentença de 1 jul. 2011).

⁸³⁶ COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del controle. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 275-276.

⁸³⁷ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 185.

⁸³⁸ “Procedimentos legais, tradições políticas e contingências históricas podem fazer parte da sua constituição, mas os direitos humanos mantêm uma distância crítica da lei e alargam fronteiras e limites. Na verdade, a natureza retórica, a enunciação proclamatória e o desafio regular à lei do Estado constituem aspectos da sua capacidade de transcender e redefinir suas fronteiras contextuais.” (DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 350).

principal função a efetivar, de ofício, os direitos humanos por meio de decisões, processos administrativos, atos, e políticas públicas.⁸³⁹ Está com a razão Alianak, para quem “Vivemos em uma época em que o sistema interamericano e o *corpus iuris* internacional de direitos humanos impacta e atravessa de modo transversal e de forma relevante a disciplina que nos convoca, o Direito Administrativo, em aspectos substantivos, procedimentais e processuais.”⁸⁴⁰ As normas convencionais e a jurisprudência da Corte IDH servem de critério normativo para atuação do Estado-Administração via atos e processos administrativos.⁸⁴¹

Outros efeitos da convencionalidade podem ser descritos além da aplicação direta das normas convencionais pela Administração Pública. No Estado Convencional de Direito, que integra a efetivação dos direitos fundamentais e humanos como prioridade do corpo estatal, é destinatário e competente para exercício do controle nacional de convencionalidade “qualquer pessoa que tenha a seu encargo aplicar uma norma jurídica.”⁸⁴² Por conseguinte, uma vez que o exercício da função administrativa é, por definição, aplicar as normas em busca da efetivação dos objetivos constitucionais e convencionais, cumpre não só à função jurisdicional, mas também à função administrativa realizar “o teste de convencionalidade como pedra angular em seu trabalho”⁸⁴³, já que sua atividade está direcionada à realização do interesse público conforme identificado pelos valores constitucionais e convencionais. Não fosse assim, nunca é demais lembrar, o Estado (constituído por todos os seus Poderes e órgãos autônomos) veria sua responsabilidade internacional comprometida.⁸⁴⁴ E pior do que isso: veria comprometida a finalidade última de seu existir, que é a proteção e garantia da dignidade dos seres humanos.

⁸³⁹ COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del controle. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 280-281.

⁸⁴⁰ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 30.

⁸⁴¹ COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019.

⁸⁴² HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 155.

⁸⁴³ GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 23.

⁸⁴⁴ GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 23-24.

A vigência inequívoca dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro leva a classificá-lo como um Estado Constitucional e Convencional de Direito. Nele, os tratados de direito humanos e demais normas internacionais do bloco de convencionalidade obrigam diretamente todas as funções de Estado e todos os agentes públicos, o que abre espaço, portanto, à tese do controle de convencionalidade pela função administrativa, com os efeitos próprios que a declaração de inconvencionalidade por essa função produz.⁸⁴⁵

2.1.2. O critério (princípio) *pro persona* como balizador da interpretação normativa e controle de convencionalidade

A ruptura com a noção rígida do princípio da legalidade administrativa não se confunde com o desmonte da hierarquia normativa e separação de Poderes estatais. Sob o sistema jurídico normativo contemporâneo e sob a normatividade da Constituição Federal vigente no Brasil uma hierarquia *a priori* das normas jurídicas funciona de modo a conceder primazia às normas dos tratados, seguida da supremacia das normas constitucionais, densificadas, interpretadas e/ou concretizadas pelas leis, regulamentadas pelos atos administrativos. Essa é a estrutura normativa básica e simplificada sob o paradigma do DIDH, mas que não poderia, no que envolve a operação de normas de direitos humanos, ignorar por vezes a quebra daquela estrutura em favor da norma mais favorável.⁸⁴⁶ Quer-se dizer, assim, que o critério *pro homine* ou *pro persona*⁸⁴⁷ (ou princípio *pro persona*⁸⁴⁸) empregado no

⁸⁴⁵ Segundo Viñas, “a extensão progressiva impulsionada pela Corte por meio de seus julgados desde os juízes – como aplicadores do Direito e eventualmente com faculdades para não aplicar uma norma em exercício do controle difuso de constitucionalidade – a toda autoridade pública posiciona a ampliação das faculdades de todos os órgãos de Estado, os quais, a partir deste controle, terão atribuições jurisdicionais com competências invalidatórias ou de inaplicação. O efeito descrito contradiz o princípio da legalidade que vige em todo Estado de Direito, segundo o qual as competências dos órgãos de Estado – e fundamentalmente daqueles que exercem jurisdição – só podem ser fixadas pela Constituição ou pela lei.” (VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 125).

⁸⁴⁶ Cf. GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

⁸⁴⁷ O emprego da expressão *pro persona* é hegemônico na América Latina, segundo Bastos Netto, que independentemente da nomenclatura lembra que o que importa de seu conteúdo é que “a pessoa humana, o indivíduo ou a vítima em questão deve ser entendido como todo ser humano, no contexto no qual é beneficiário de um direito humano protegido pelo DIDH.” (BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Agora21, 2019. p. 44/47).

⁸⁴⁸ O *pro persona* é compreendido um princípio hermenêutico de Direito Internacional dos Direitos Humanos que “impõe a escolha da fonte e da interpretação mais favorável à pessoa humana, vista diante de uma coexistência de sistemas nacionais, regionais e universais de proteção dos direitos humanos fundamentais no contexto do pós-guerra.” (LEGALE, Siddharta; BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. O princípio *pro persona*

DIDH baliza e relativiza a hierarquização das normas jurídicas, harmonizando o sistema nos casos em que há incompatibilidade ou contradição insanáveis entre normas, em favor das vítimas de violações de direitos humanos.⁸⁴⁹ A técnica do controle de convencionalidade não pode ignorar o princípio *pro persona* na sua utilização.

A rigor, ao contrário do propagado pela crítica, o controle de convencionalidade não depende da hierarquia concedida pela Constituição aos tratados de direitos humanos.⁸⁵⁰ Depende exclusivamente da obrigação internacional de aplicar a norma de direitos humanos contraída pelo Estado quando firma o tratado.⁸⁵¹ Nesse sentido, o princípio *pro persona* é um “instrumento interpretativo desenvolvido pela doutrina, cuja finalidade é buscar sempre a melhor proteção à dignidade da pessoa humana.”⁸⁵² Se aplica quando há normas em conflito, fazendo prevalecer a mais protetiva ou menos restritiva; e se aplica na interpretação de uma única norma também e segundo os mesmos pressupostos. O critério foi pensado para interpretação em favor de vítimas de violação a direitos humanos, que diante da vasta gama de tratados vigentes poderiam *escolher* o que mais adequadamente protege seus direitos humanos (materiais e processuais).⁸⁵³ O critério *pro persona* se justifica diante da finalidade dos tratados de direitos humanos e do fato de que em situações concretas o conflito entre normas pode chegar a um ponto de inevitabilidade, a despeito dos métodos de interpretação

na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um enigmático desconhecido. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Tribunais internacionais**: extensão e limites da sua jurisdição. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 411/415). É chamado de *princípio* dado o seu caráter normativo, e por ser um princípio geral do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a iluminar o intérprete na sua atividade. (BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio pro persona**: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 85).

⁸⁴⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 434-436.

⁸⁵⁰ Para Bázan o controle de convencionalidade terá mais sucesso se compreendido não em uma relação de hierarquia de tribunais, mas em uma relação de cooperação que tenha como mote o princípio *pro persona*. O diálogo entre cortes gera fertilizações cruzadas e retroalimentação de critérios decisórios e interpretações. Segundo o autor, o objetivo é o aprendizado mútuo entre as cortes nacionais e internacionais. Ao invés de imposições unidirecionais da Corte IDH, diálogos que gerem relações bilaterais ou multilaterais em favor dos direitos humanos. (BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales**: el control de convencionalidad. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 48-55). Não é esta a posição assumida no presente trabalho, que assume como necessária para sustentação do sistema jurídico assumido constitucionalmente a preservação uma noção de hierarquia normativa mínima, mas relativa, inclusive para aplicação de normas de direitos humanos.

⁸⁵¹ “(...) não é indispensável outorgar uma posição hierárquica aos tratados de direitos humanos dentro do sistema nacional de fontes”, pois o “central são as obrigações internacionais que os Estados adquiriram – neste caso – com o sistema interamericano de direitos humanos.” (PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017. p. 1401).

⁸⁵² CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 107.

⁸⁵³ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio pro persona**: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 39-40.

que se poderiam utilizar. Afinal, a visão de que entre normas de tratados de direitos humanos e de direitos fundamentais constitucionais não há colisão, mas só concorrência, é ingênua. Martins e Moreira dão o exemplo da prisão perpétua e da entrega de brasileiro, condutas vedadas constitucionalmente ao Estado brasileiro, mas autorizadas pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.⁸⁵⁴ Portanto, há situações em que a antinomia é irresistível. Por outro lado, se o objetivo é a proteção dos seres humanos, não podem ser interpretados “de modo a diminuir a proteção concedida a um indivíduo caso tal tratado ofereça menor proteção quando comparado à outra norma de direito interno ou internacional. Em outras palavras, prevê-se que o tratado pode deixar de ser aplicado quando outro instrumento legal aplicável for mais favorável ao indivíduo.”⁸⁵⁵

O princípio *pro persona* é aplicável na interpretação entre normas internacionais de tratados, mas também quando da aplicação conjunta de tratados e normas internas. O art. 29.b da CADH⁸⁵⁶ e o art. 4º do Protocolo de São Salvador⁸⁵⁷ são os dispositivos que regulam a prevalência da norma mais favorável *interna* em conflito com norma de tratado de direitos humanos.⁸⁵⁸ Alguns ordenamentos jurídicos nacionais positivaram expressamente o critério. Enquanto a Bolívia desde 2011 prevê norma genérica de utilização do *pro persona*⁸⁵⁹, o Equador prevê a primazia da norma mais favorável como critério de interpretação e aplicação de normas especificamente pela função administrativa de Estado, e não só pela judicial.⁸⁶⁰

⁸⁵⁴ Os autores, apesar da visão realista sobre o conflito inevitável de normas, não admitem como jurídico o critério *pro persona*, sendo críticos a respeito da sua utilidade. Desenvolvem, em contraposição, uma solução de antinomia baseada no princípio da proporcionalidade e outros critérios, como o da especificidade da norma. (Cf. MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 479/481-483).

⁸⁵⁵ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 37.

⁸⁵⁶ (CADH) “Art. 29. Normas de Interpretación. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.”

⁸⁵⁷ (Protocolo de São Salvador) “Art. 4. Não-Admissão de Restrições. Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.”

⁸⁵⁸ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 41-43.

⁸⁵⁹ (Constituição da Bolívia) “Artículo 256. I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.”

⁸⁶⁰ (Constituição do Equador) “Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”

No Brasil não há norma constitucional originária ou do poder constituinte derivado expressa, embora o princípio *pro persona* integre a ordem jurídica brasileira. O art. 5º, § 2º da Constituição é cláusula de abertura que pelos seus próprios termos *inclui* a norma convencional do art. 29 da CADH no ordenamento interno. Por isso, é parte do Direito brasileiro pela ratificação de tratados que preveem o princípio. Chega-se à mesma conclusão a partir da interpretação de outras normas da própria Constituição de 1988, que reconhece o princípio da dignidade humana no art. 3º e o da prevalência dos direitos humanos no art. 4º, II.⁸⁶¹ Para Legale e Bastos Netto, mesmo se não houvesse previsão no art. 29 da CADH ou na Constituição Federal, o princípio *pro persona* seria impositivo, pois é um “princípio geral de DIDH”.⁸⁶²

A cláusula *pro persona* é norma e critério de interpretação direcionada a tribunais e comissões internacionais, mas vincula também os intérpretes e aplicadores nacionais.⁸⁶³ Todas as autoridades estatais, de quaisquer dos Poderes e funções, devem fazer uso do critério *pro persona* no âmbito de suas competências.⁸⁶⁴ Sua utilização parte do pressuposto de que o sistema normativo é flexível e que, quando o assunto envolve direitos humanos, a finalidade última é a máxima proteção ou menor restrição à esfera jurídica do ser humano.⁸⁶⁵ Cláudio Cerqueira Bastos Netto detalhou os contornos do critério *pro persona* em estudo monográfico, no qual classificou duas dimensões: **(i) uma dimensão interpretativa**, e **(ii) uma dimensão de preferência de fontes**. A classificação do autor é didática e a que fielmente consegue traduzir o significado do critério.⁸⁶⁶ As duas dimensões demonstram a

⁸⁶¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 149-154.

⁸⁶² LEGALE, Siddharta; BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. O princípio *pro persona* na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um enigmático desconhecido. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Tribunais internacionais: extensão e limites da sua jurisdição**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 413.

⁸⁶³ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona*: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 182.

⁸⁶⁴ ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 59.

⁸⁶⁵ “É exatamente o que preconiza o presente trabalho: um *ápice normativo variável e mutável*, informado por um *critério permanente* (norma mais favorável ou critério *pro homine*), de forma a conduzir a uma harmoniosa *concorrência* entre dispositivos teleologicamente compatíveis, *sem derrogação permanente* de nenhum deles, mas mera derrogação, por aplicação do mais protetivo do ser humano.” (SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes: interpretação jusfundamental ‘pro homine’**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2008. p. 54).

⁸⁶⁶ Porém, naturalmente, não exclui outros modos de explicar o critério *pro persona*, a exemplo do proposto por Sgarbossa – que entende todas as normas de direitos humanos como normas hierarquicamente constitucionais - em síntese sobre seu significado: “1) Diplomas extraconstitucionais, sejam eles de direitos comunitário, internacional ou infra-constitucional, podem, sempre, dispor *in melius* em matéria de direitos e garantias fundamentais, e prevalecem quando da aplicação (in concreto), eis que não ferem a constituição, antes são para com ela consentâneos (mera concorrência), representando a concretização da norma constitucional com um plus de proteção; 2) Por outro lado, diplomas constitucionais e extraconstitucionais jamais podem dispor in pejus em matéria de direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade, que encontra base no próprio direito

natureza hermenêutica da norma *pro persona*, na medida em que revelam que “o *pro persona* não é violado de forma autônoma. Sua vulneração sempre se dá acompanhada de um direito material protegido no âmbito internacional.”⁸⁶⁷

(i) **A dimensão interpretativa** é invocada quando há mais de uma interpretação possível de uma mesma fonte normativa de direitos humanos. Nesses casos, o princípio *pro persona* obriga o intérprete a se valer da interpretação mais favorável, “de modo a adotar a interpretação mais extensiva para reconhecer direitos protegidos e a interpretação mais restritiva quando se trata de restringir direitos”.⁸⁶⁸ Se um mesmo enunciado normativo admite mais de uma proposição, a interpretação do enunciado que leva à proposição mais protetiva é que deve prevalecer. O art. 31.1 da CVD⁸⁶⁹ é um dos fundamentos normativos para o que foi exposto, pois obriga a interpretação de um tratado de modo a respeitar seu objetivo e finalidade. Se a finalidade dos tratados de direitos humanos é proteger a pessoa humana, essa finalidade não pode ser subtraída por interpretação que afaste alguma disposição mais benéfica – prevista em uma norma interna ou em outro tratado. O tratado dispõe de um piso mínimo protetivo, que não pode ser chamado a cancelar algum outro grau de proteção maior que o mínimo, situação essa que violaria a objetivo e finalidade de tratados daquela natureza. Assim, no SIDH é plenamente admissível a interpretação extensiva, em que o aplicador da norma “amplia o campo de incidência ou de proteção da normativa” com base no princípio *pro persona*.⁸⁷⁰ Desde que, é evidente, respeitados os limites semânticos e contexto socio-histórico de aplicação da norma.

Acerca da interpretação, ela pode destoar da intenção dos formuladores e representantes que assinaram o tratado. A interpretação evolutiva de um tratado de direitos humanos é aceita jurisprudencialmente, como visto no capítulo 1, e seus parâmetros estão no art. 31 da CVD⁸⁷¹ para interpretação de boa-fé de um tratado, que deve estar conforme o

constitucional positivo, seja no controle misto de constitucionalidade, seja na rigidez constitucional (art. 60, § 4º IV).” (SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes**: interpretação jusfundamental ‘pro homine’. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2008. p. 58).

⁸⁶⁷ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 49.

⁸⁶⁸ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 50/60-63.

⁸⁶⁹ (CVD) “Art. 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.”

⁸⁷⁰ LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 75.

⁸⁷¹ (CVD) “Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras

contexto atual de sua aplicação. A ressalva que se faz é que interpretação evolutiva não corresponde ao critério *pro persona*. Este é método de interpretação de preferência normativa ou interpretativa para direitos humanos; aquela é método hermenêutico de definição do sentido da norma à luz do contexto histórico. Pelas mesmas razões, o *pro persona* não se confunde com a devida interpretação sistemática⁸⁷² que se faz para considerar no sentido da norma todo o sistema jurídico e sua lógica.⁸⁷³ Apesar disso, a própria Corte IDH em uma série de julgados confunde os métodos, invocando o *pro persona* de forma impertinente.⁸⁷⁴

(ii) A dimensão é a de preferência de fontes é invocada quando há mais de uma norma de direitos humanos – de origem internacional ou de origem internacional e nacional – aplicável a um caso. Conforme registra Flávia Piovesan, ela “garante a primazia (...) da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de Direito Internacional ou de Direito interno.”⁸⁷⁵

Quando aplicável na dimensão de preferência normativa o *pro persona* pode acarretar a preferência de uma norma de menor hierarquia diante daquela de maior hierarquia, conforme o escalonamento padrão pré-definido pelo intérprete. O que o princípio *pro persona* produz nesses casos, segundo Legale e Bastos Netto, é o afastamento da aplicação da norma

partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.”

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

⁸⁷² Conforme lição de Juarez Freitas, toda interpretação jurídica é sistemática, ou não é interpretação. Cf. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65 e ss.

⁸⁷³ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona*: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 224-235.

⁸⁷⁴ No plano internacional tampouco há consistência na aplicação do princípio. Mesmo em julgados da Corte IDH os autores identificam confusão na utilização do princípio *pro persona*. Há, segundo eles, “um descompasso ou desencaixe entre as definições acadêmicas tradicionais do princípio *pro persona* e o conceito/forma como ele é empregado na jurisprudência da Corte IDH.” Corte por vezes aplica o *pro persona* como se fosse a técnica da “interpretação evolutiva”, dando a entender que o princípio e a técnica correspondem. Outras vezes, invoca o *pro persona* para relativizar regras procedimentais, como quando no Caso Loayza Tamayo permitiu ouvir uma parte interessada como testemunha no processo. Ainda outras vezes, a Corte invoca o princípio *pro persona* para justificar a invocação de outros tratados, inclusive não integrantes do SIDH, para interpretar normas da CADH, como fez no Caso Fazenda Brasil Verde. Ou seja, não há compatibilidade entre a definição do princípio *pro persona* e o modo com que a Corte IDH o invoca em casos concretos. Falta-lhe rigor na utilização do princípio, que mais do que confundir termina por deslegitimar seu uso. (LEGALE, Siddharta; BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. O princípio *pro persona* na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um enigmático desconhecido. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Tribunais internacionais: extensão e limites da sua jurisdição**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 418-419).

⁸⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 175.

menos protetiva, sem extirpá-la do ordenamento. Segundo os autores, seria o que Norberto Bobbio denominou técnica de “ab-rogação em sentido impróprio”.⁸⁷⁶

A ab-rogação em sentido impróprio, para Bobbio, teria lugar apenas quando nenhum dos critérios usuais de solução de antinomias pudesse solucionar um impasse. Nesses casos, *uma das opções* do jurista é interpretar a norma para sugerir a eliminação de uma das normas incompatíveis. Ainda segundo Bobbio, “se a interpretação é realizada pelo juiz, este em geral (nos ordenamentos estatais modernos) tem o poder de deixar de aplicar a norma que considere incompatível ao caso concreto, mas não de expeli-la do sistema (ou seja, de ab-rogá-la); tanto é verdade que o juiz sucessivo, ao ter de julgar o mesmo caso, poderia dar ao conflito de normas solução oposta, e aplicar justamente aquela norma que o juiz anterior havia eliminado.”⁸⁷⁷

Dois exemplos merecem menção, a fim de elucidar o sobredito: **(a)** Na CADH não há norma que preveja como direito a execução da pena só após o trânsito em julgado da ação penal. Mas na CF de 1988 há⁸⁷⁸, e o art. 29 da CADH determina a preservação do entendimento mais protetivo aos direitos humanos. Aliás, a vedação ao retrocesso em matéria de direitos humanos proibiria a mutação constitucional do art. 5º, LVII.⁸⁷⁹ **(b)** No Caso Apitz Barbera e outros vs. Venezuela (2008), a Corte IDH manifestou no parágrafo 90 que o dever de motivação extraído do art. 8 da CADH de decisões estatais *não exigira enfrentamento detalhado de todos os argumentos das partes*.⁸⁸⁰ Bastaria, como registra Regueira, que a fundamentação permitisse, nos processos administrativos, conhecer os fatos, as razões e as normas que foram levadas em consideração para decidir. A finalidade seria simplesmente evitar a arbitrariedade, vedada pelo art. 8 da CADH.⁸⁸¹

⁸⁷⁶ LEGALE, Siddharta; BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. O princípio pro persona na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um enigmático desconhecido. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Tribunais internacionais: extensão e limites da sua jurisdição**. Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 414.

⁸⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 257-258.

⁸⁷⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Direito do Estado**, a. 2016, n. 86. Disponível em: <<https://t.ly/tiJA>>. Acesso em 14 nov. 2023.

⁸⁷⁹ VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LEGALLE, Siddharta (Coords.). **Jurisdição constitucional e Direito Constitucional Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 177.

⁸⁸⁰ “90. En tercer lugar, teniendo en cuenta que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha, la Corte estima que la CFRSJ debía responder autónomamente, y no por remisión a la decisión de la SPA, (...)” (CORTE IDH. Caso Apitz Barbera e outros vs. Venezuela. Sentença de 05 ago. 2008. § 90).

⁸⁸¹ REGUEIRA, Enrique Alonso. **El control de convencionalidad de la actividad administrativa**. Bueno Aires: Lajouane, 2017. p. 284.

Essa manifestação incorporada na jurisprudência da Corte IDH é um exemplo de aplicação do critério *pro persona* no Brasil para afastar a interpretação da Corte IDH a respeito do art. 8 da CADH. Pois no ordenamento jurídico brasileiro, segundo o art. 50 da Lei n. 9.784/99⁸⁸² e art. 489, §1º, IV do Código de Processo Civil interpretado em conjunto com o art. 15 do mesmo diploma⁸⁸³, há uma obrigação de motivação *exaustiva* por parte da Administração Pública que enfrente *detalhadamente todos os argumentos das partes que possam interferir no mérito da decisão administrativa*.

No Brasil há norma interpretada mais favorável sobre motivação em processos administrativos do que o art. 8 da CADH interpretado pela Corte IDH, e é um dever da Administração Pública enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes e que podem implicar em decisões diversas daquelas que seriam tomadas caso o argumento não fosse enfrentado. O descrito cuida, portanto, de um exemplo emblemático de aplicação concreta do critério *pro persona*: “Quando a norma infraconstitucional é *mais benéfica* que o texto constitucional ou que as normas internacionais de proteção, é *ela* que deve ser aplicada em detrimento daqueles.”⁸⁸⁴

O princípio *pro persona* obriga o intérprete a selecionar a norma aplicável que seja mais favorável. Essa dimensão determina a importância do conteúdo mais do que a hierarquia ou o momento de produção da norma, fazendo com que mesmo normas *posteriores*, mas menos favoráveis, não se apliquem.⁸⁸⁵

É diante de antinomias que o princípio *pro persona* socorre a pessoa humana titular de direitos humanos, mas também em casos em que as normas “não sejam diametralmente opostas, e apenas ofereçam graus de proteção diferente.”⁸⁸⁶ Portanto, em situações de

⁸⁸² (Lei n. 9.784/99). “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

⁸⁸³ (Código de Processo Civil) “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

⁸⁸⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 164-165.

⁸⁸⁵ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 56-57/141.

⁸⁸⁶ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 51-53.

coexistência ou concorrência de normas o critério *pro persona* também é válido como critério interpretativo e de escolha.

O critério *pro persona*, quando aplicável, tem preferência sobre os critérios tradicionais: hierárquico, cronológico e especialidade.⁸⁸⁷ Mas quando, afinal, o *pro persona* é aplicável? Já está claro que é diante de situações que envolvem mais de uma norma *de direitos humanos* que admite uma escolha, de fonte ou interpretativa. Mas Bastos Netto acerta ao especificar ainda o “princípio *pro persona* para casos de coexistência de normas que prescrevam diferentes graus de proteção *para o mesmo direito*”.⁸⁸⁸ Quando o conflito se der entre diferentes direitos, a solução acontecerá por via de outras técnicas, como por exemplo a ponderação. O princípio *pro persona* “não foi desenhado para solucionar uma situação na qual os interesses de diferentes titulares de diferentes direitos estão em jogo, mas para tratar da coexistência de normas que garantam um mesmo direito, de um único titular, mas preveem diferentes graus de proteção.”⁸⁸⁹ No emprego do critério *pro persona* se analisa qual a interpretação ou fonte de um único direito em jogo, de modo que importa saber também quem é o titular (individual ou coletivo) desse único direito em jogo. Pouco importa saber quem é a vítima em sentido material, por exemplo, a fim de problematizar *a quem se volta a norma mais favorável*, porque “vítima” para fins de aplicação do *pro persona* é só o titular do direito cuja interpretação ou fonte está em dúvida. Para fins de aplicação do critério *pro persona* a vítima poderá ser inclusive um criminoso detentor de algum direito humano processual colocado em dúvida quanto à interpretação. Vale lembrar que pela própria origem dos tratados de direitos humanos, o princípio *pro persona* que guia a interpretação é pensando como uma técnica de leitura e aplicação de normas *contra o Estado*.⁸⁹⁰ Sendo assim, é equivocado problematizar o critério *pro persona* a partir de titulares distintos de direitos humanos distintos.⁸⁹¹ Sendo por isso mesmo equivocado, à luz do *pro persona*, fazer uma

⁸⁸⁷ A listagem é da consagrada obra de BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 249-254.

⁸⁸⁸ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 133-134.

⁸⁸⁹ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 134-146.

⁸⁹⁰ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 144.

⁸⁹¹ Durán Martínéz ao criticar a decisão da Corte IDH que determinou a revogação da lei de anistia uruguaia apresenta, nesse sentido, o argumento de que a repressão estatal mais estimularia desacertos do que protegeria as vítimas. Para o autor, os tratados de direitos humanos não devem em regra ser interpretados e usados como instrumentos de punição. “(...) não existe um direito humano à repressão penal; a repressão penal corresponde ao Estado e se exercita através de uma ação pública. Por essa razão é que a Constituição, em casos extraordinários e como uma via para lograr a paz social, prevê a possibilidade de outorgar indultos ou anistias (...)” (MARTÍNEZ, Augusto Durán. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del

escolha entre a vítima e o acusado para priorização de um direito previsto em tratado.⁸⁹² Pode até ser que haja direitos em colisão, o que se resolverá por métodos como a ponderação⁸⁹³, mas não por método de priorização da norma mais favorável a algum dos diversos titulares. O princípio *pro persona* é aplicado tendo em conta o benefício a ser gerado ao *titular do direito humano* em questão. Se são dois ou mais os titulares de um ou mais direitos humanos em uma situação conflituosa, há de se invocar alguma outra técnica hermenêutico-jurídica que harmonize a incidência ou irradiação de mais de um direito humano para o caso.

A técnica da ponderação é uma saída possível. Esse seria o caso, por exemplo, em que o direito humano de uma vítima de um crime está em jogo com um direito humano processual de um acusado. No voto concorrente apresentado pelo juiz Rodrigo Mudrovitsch no Caso Ângulo Losada vs. Bolívia (2022) pode-se identificar a preocupação da Corte IDH em compatibilizar a adequada persecução penal de criminosos e os direitos humanos do próprio criminoso.⁸⁹⁴ Na medida em que utiliza a proporcionalidade como método de resolução de uma contradição, no voto não há qualquer menção ao critério *pro persona* para priorizar a posição do acusado ou da vítima de um delito. Dele se extrai a percepção lógica da impossibilidade de se utilizar o *pro persona* como apanágio de apenas um dos envolvidos em uma relação jurídica que envolve simultaneamente vários direitos humanos, já que sua utilização é referida sempre a apenas um titular. Como expresso no voto, “o aparente paradoxo entre os campos [do Direito Penal e dos Direitos Humanos] demanda ponderação cautelosa entre o combate à impunidade e todas as garantias processuais e direitos humanos

Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. p. 121).

⁸⁹² Luís Fernando Sgrabossa resguarda posição distinta da proposta nesta tese, priorizando a posição das vítimas de um delito em caso de conflito normativo: “Neste campo, o Princípio da primazia da norma mais favorável às vítimas de violações ou titulares de direitos humanos determina que, em casos de concorrência entre duas ou mais normas protetivas de direitos humanos, aplique-se, no caso concreto, aquela que melhor proteja os direitos das vítimas de violações.” (SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes: interpretação jusfundamental ‘pro homine’**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2008. p. 54).

⁸⁹³ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 108.

⁸⁹⁴ “47. Esse reconhecimento dos réus em processos penais como verdadeiros sujeitos de direito dotados de liberdades e direitos humanos é, justamente, o que diferencia a “cascata de justiça” iniciada ao fim da Segunda Guerra Mundial dos julgamentos persecutórios de viés político que eram prática comum no passado. Assim, evidencia-se que é o estrito vínculo da atuação dos Estados no campo penal aos Direitos Humanos – pela aderência ao princípio da *ultima ratio* do Direito Penal e ao respeito às garantias judiciais – que permite a compatibilização de suas vertentes de relação com o Direito Penal, que é tanto ‘escudo’ como ‘espada’.” (Corte IDH. Caso Ângulo Losada vs. Bolívia. Sentença de 18 de nov. 2022. Voto concorrente do juiz Rodrigo Mudrovitsch. § 47).

do acusado.”⁸⁹⁵ Ademais de tudo, e não menos relevante, o critério *pro persona* não é carta coringa, que serve a solução de todo problema jurídico hermenêutico.⁸⁹⁶

Ainda, o princípio *pro persona* não pode ser confundido com outras normas internacionais relativas à interpretação de tratados. Ele não se confunde, por isso, com o princípio da máxima efetividade. Enquanto este princípio busca extrair o melhor resultado possível de uma única norma de direitos humanos autoaplicável, o *pro persona* só se aplica diante de mais de uma norma que imponha uma escolha. Ele não se confunde, também, com o princípio do efeito útil de um tratado (*effet utile*), que obriga que os Estados adotem medidas internas adequadas à aplicação eficaz do tratado, o que não tem relação de semelhança com as dimensões do princípio *pro persona*.⁸⁹⁷ O princípio *pro persona* não se confunde também com o princípio da proibição do retrocesso. Este visa evitar o efeito *cliquet*, obstando a revogação ou alteração de normas de direitos fundamentais e humanos que determinam historicamente algum grau de proteção de direitos humanos. Mas o princípio *pro persona* não trata disso, e sim do critério hermenêutico a ser preservado diante de duas ou mais normas conflitantes, sejam elas todas de direito internacional dos direitos humanos, sejam elas parcialmente de direito internacional de direitos humanos e parcialmente de direito nacional/interno.⁸⁹⁸

Por esta razão é que não cabe problematizar – quanto ao *pro persona* - o que há de prevalecer entre duas normas nacionais, ou entre uma norma nacional revogada mais protetiva e algum direito humano previsto em tratado. Pois o princípio *pro persona*, no primeiro caso, não se aplica (aplicam-se os critérios usuais de solução de antinomias, com atenção ao disciplinado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); e no segundo caso, não resolve a situação de vulnerabilidade, que deve ser solucionada mediante aplicação, por exemplo, do princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais e humanos.

⁸⁹⁵ Corte IDH. Caso Angulo Losada vs. Bolívia. Sentença de 18 de nov. 2022. Voto concorrente do juiz Rodrigo Mudrovitsch. § 48.

⁸⁹⁶ “É certo que a primazia da norma mais favorável não resolve tudo sozinha. Vimos que, desde sua gênese, não pretendeu que ela o fizesse.” (BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio pro persona**: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 144).

⁸⁹⁷ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio pro persona**: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 65-68.

⁸⁹⁸ Ainda nessa linha distintiva, Bastos Netto explica que o *pro persona* não se identifica com o *in dubio pro operario* ou *in dubio pro reo*. Não são critérios idênticos, e se aplicam a situações de dúvida distintas. Ao contrário desses dois últimos, o critério *pro persona* é mais amplo e se aplica em todas as áreas do Direito, desde que envolvam os direitos humanos. (BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio pro persona**: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 73-74).

A exaltação do critério não permite olvidar que há limites para a aplicação do *pro persona*. Bastos Netto cita o “Assunto de Viviana Gallardo e outras”, decidido na década de 80 pela Corte IDH, para lembrar que lá a Corte IDH já havia decidido como limite a coerência sistêmica do ordenamento, “ao entender que a norma mais favorável sempre será aplicada, com exceção de quando isto implicar uma alteração do sistema.” No “Assunto”, indexado no repositório da Corte IDH equivocadamente como opinião consultiva⁸⁹⁹, a Costa Rica se autodenunciou à Corte IDH pelo homicídio de detenta por autoridade policial costarricense e outras violações de direitos humanos de prisioneiros, renunciando à regra de esgotamento dos recursos internos e ao processamento prévio pela Comissão IDH. O caso foi deliberado pelos juízes, que recusaram seu processamento a despeito da interpretação de que seria mais favorável o processamento direto no sistema internacional.

Desviar das regras estruturantes do sistema de processamento do Estado na Corte IDH implicaria, nos termos da decisão, na erosão do próprio sistema, sendo esse o limite por excelência da aplicação do critério *pro persona*.⁹⁰⁰ Assim, por exemplo, não poderia a Corte IDH conhecer de uma denúncia que não cumpre os requisitos mínimos, mesmo que isso seja mais favorável ao ser humano, haja vista que subverteria a coerência do SIDH.⁹⁰¹ Também como exemplo, ilustrativo pelo absurdo, não poderia um criminoso ser absolvido do crime comprovadamente cometido porque lhe seria mais benéfico, e assim por diante.

Outro limite estaria, segundo Bastos Netto, no âmbito de irradiação do princípio *pro persona*. Para ele, aplica-se apenas para normas de direito material, não sendo oportuno para interpretação da fixação da competência da Corte IDH, ou até mais amplamente, não servindo

⁸⁹⁹ LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Derechos Humanos nos años 80: Una “Corte” Pedro Nikken? **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Ciudad de México, v. 20, p. 315-349, jan./dez. 2020. p. 318.

⁹⁰⁰ “23. Estas conclusiones no me parecen extrañas a la opinión ya adelantada por la propia Corte, cuando en su Decisión del 13 de noviembre de 1981 claramente advirtió que ‘no se trata, pues, de interpretar si se ha agotado, o cuándo puede considerarse agotado, dicho procedimiento, sino estrictamente de precisar si el mismo puede eludirse con la sola renuncia unilateral del Estado involucrado’ (párr. No. 21), así como cuando otorgó una importancia interpretativa determinante a la necesidad de conciliar ‘en primer lugar, el interés de las víctimas de que se les proteja y asegure el pleno goce de los derechos que tienen según la Convención; **en segundo lugar, la necesidad de salvaguardar la integridad institucional del sistema que la misma Convención establece**’ (*Ibid.*, párrs. Nos. 13 y 14), de manera que ‘el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una **alteración del sistema**’ (*Ibid.*, párr. No. 16). En realidad, si la Corte consideró que el procedimiento ante la Comisión es esencial y, por ende, irrenunciable en su conjunto, fue sobre todo porque estimó que la intervención de la misma no se ha concebido en interés exclusivo del Estado sino en el de la ‘integridad institucional del sistema de protección consagrado en la Convención...(y) permite el ejercicio de importantes derechos individuales, muy especialmente a las víctimas’ (*Ibid.*, párr. No. 25; en gral. párrs. No. 21 a 25).” (CORTE IDH. Assunto de Viviana Gallardo e otros. Resolução de 15 jul. 1981. § 23. Grifos ausentes no original).

⁹⁰¹ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio pro persona**: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 152.

para definir sozinho o “alcance e conteúdo da CADH.” Para tal proceder outras técnicas seriam mais idôneas, como a interpretação evolutiva ou a sistemática.⁹⁰²

Embora imprescindível à interpretação e aplicação de normas convencionais de direitos humanos, o critério *pro persona* é passível de críticas, ao arrasar com a noção de hierarquia rígida e com as escolhas do legislador e constituinte em contextos que possibilitam escolhas alternativas de política regulatória. Mas é preciso sempre lembrar que o critério *é aplicável em matéria de direitos humanos*, e não em qualquer caso que envolva o assunto de modo indireto. Além disso, é preciso considerar que mais do que respeitar a norma por respeitá-la, uma conduta vazia, o critério *pro persona* orienta a aplicação da norma mais favorável/menos restritiva com um norte finalístico: a preservação máxima dos direitos humanos. O conteúdo é privilegiado em detrimento da operação formal e mecânica de aplicação de normas.⁹⁰³

A consolidação do princípio e critério *pro persona* tornou-o inevitável na aplicação de normas convencionais de direitos humanos, sendo um instrumento importante no emprego do controle de convencionalidade internacional e nacional, tanto mais porque se identificada como mais benéfica uma norma nacional diante de um tratado de direitos humanos, o próprio controle de convencionalidade como técnica invalidadora fica prejudicado.

Apesar dessa constatação, e da inevitabilidade do emprego do princípio *pro persona* na aplicação exclusiva de normas classificadas como de direitos humanos, reconhece-se que sua operacionalização ainda assim está longe de ser fácil. Primeiro, como ressalta Daniel Sarmento, porque muitos operadores jurídicos de boa-fé podem discordar da natureza de direito humano de uma determinada norma. Segundo, porque aqueles mesmos operadores de boa-fé podem, com bons argumentos cada qual, divergir sincera e honestamente a respeito de qual é a norma mais favorável ou menos restritiva em dado caso concreto.⁹⁰⁴ Os intérpretes podem divergir, inclusive, de qual o limite da aplicação do critério para evitar a erosão do próprio sistema jurídico. As posições ideológicas e pressupostos dos quais partem um jurista

⁹⁰² BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 238-240.

⁹⁰³ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 111-112.

⁹⁰⁴ “Contudo, há casos, que não são infrequentes, em que pode surgir divergência sobre o que é mais favorável à pessoa humana. (...) Pessoas e instituições igualmente comprometidas com o ideário dos direitos humanos, agindo de boa-fé, podem divergir sinceramente sobre o tema.” (SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. 2. Ed. Salvador: Jus Podium, 2020. p. 309-336. p. 330).

podem, em síntese, definir soluções diversas para um mesmo caso.⁹⁰⁵ Mas, até aí, nenhum problema de fundo para os constantes imbróglis que surgem na aplicação de *qualquer norma jurídica*, de modo que essa dificuldade não pode ser invocada, por si só, como obstáculo ao uso de critério que serve à finalidade última dos tratados de direitos humanos: proteger o ser humano, inclusive contra o Estado.⁹⁰⁶

Sendo assim, o controle de convencionalidade acontece em paralelo e sucessivamente a uma espécie de flexibilização do critério hierárquico-formal de escalonamento de normas, e não simplesmente da definição da hierarquia rígida supralegal ou supraconstitucional de tratados. Não é um critério formal de hierarquia que vai definir a norma de direitos humanos prevalente em caso último de conflito, e sim um critério material de hierarquia: o conteúdo da norma. É na solução concreta dos problemas e antinomias entre normas de direitos humanos que há de prevalecer uma ou outra disposição normativa (seja entre normas de diferentes fontes, seja entre diferentes interpretações), desde que seja a mais protetiva ou menos restritiva para o indivíduo ou grupo vulnerável.⁹⁰⁷

O princípio *pro persona* orienta a técnica do controle de convencionalidade.⁹⁰⁸ Sempre que ele solucionar preliminarmente o impasse a favor da norma interna cotejada com a norma convencional, concluindo pela prevalência da primeira, não há que se falar em necessidade de exercer a técnica de controle de convencionalidade. Já se a norma do tratado internacional é mais favorável ou menos restritiva do que a norma interna com ele cotejada, então surge a possibilidade de realizar o controle de convencionalidade em desfavor da norma em tese inconveniente.⁹⁰⁹

⁹⁰⁵ A crítica é implacável. Para Laurentiis e Ferreira o princípio *pro persona* é problemático e não favorece a organização de um sistema de controle de convencionalidade, pois “é seletivo e arbitrário por natureza: ele existe e é aplicado desde que auxilie a finalidade perseguida pelo julgador.” (LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 249).

⁹⁰⁶ “Tanto direitos, liberdades e garantias – terminologia preferida pela *dogmática constitucionalista* – quanto direitos humanos – terminologia de preferência da *dogmática internacionalista* – visam impor limites ao Poder Estatal e outros poderes extra ou paraestatais, ou ainda privados, protegendo a pessoa, o ser humano.” (SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes: interpretação jusfundamental ‘pro homine’**. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2008. p. 23).

⁹⁰⁷ GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 72-78.

⁹⁰⁸ No que diz respeito ao controle de convencionalidade, Bastos Netto defende a “complementariedade entre o *pro persona* e tal doutrina, sendo esses fundamentais para equilibrar a interação entre o direito interno e o direito internacional.” (BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona*: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 243).

⁹⁰⁹ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 109-110.

Em conclusão, o princípio *pro persona* impõe uma renovada atuação do Estado-administração no Estado Convencional de Direito. Ele ao lado do princípio da juridicidade obriga a atuação da função administrativa com os olhos voltados não apenas ao que determina a lei em sentido estrito, mas ao que impõe o ordenamento jurídico e o que melhor protege ou menos restringe os direitos humanos, inclusive quando a decisão a respeito do que deve prevalecer couber à função administrativa.

2.2. A controvérsia sobre a possibilidade de exercício do controle de convencionalidade por autoridades administrativas

Apesar da vinculação da função administrativa à normatividade muito mais ampla do que a lei em sentido estrito, ao bloco de convencionalidade, o dilema se coloca no momento em que a Administração Pública se depara com norma interna que deve ser aplicada, mas que se revela contrária a um direito humano previsto em tratado internacional. Ao mesmo tempo que a Administração Pública não poderia desobedecer a norma (legal, constitucional, regulamentar, etc), tampouco poderia deixar de lado seus deveres de promoção e garantia dos direitos humanos.⁹¹⁰ De igual forma, quando não existe norma interna, caso ela deixasse de agir estaria omitindo-se em cumprir a norma internacional, o que sujeita o Estado a responsabilização. Entre as questões que se colocam a partir dessas constatações estão: podem as autoridades administrativas, naqueles casos, deixar de aplicar ou invalidar a normativa interna contrária a norma convencional? Podem atuar com apoio direto na normativa convencional? Quais autoridades administrativas? Em que condições, sob quais limites e mediante preenchimento de quais requisitos?

As respostas a essas perguntas servem à defesa da tese de que as autoridades estatais que exercem função administrativa detêm um papel não menos importante do que as executoras das funções legislativa ou judicial em matéria de direitos humanos. Afinal, os direitos humanos ganham realce na função administrativa, pois “as políticas públicas e as decisões adotadas na órbita administrativa supõem, em geral, o contato mais próximo com a

⁹¹⁰ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad y la Administración Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 656.

cidadania e sua conexão executória encaminhada ao atendimento das necessidades humanas.”⁹¹¹

Em sistemas cujo presidencialismo forte é uma característica marcante, como em parte considerável dos países latino-americanos, entre eles o Brasil, o controle de convencionalidade exercido pela Administração Pública, mais comumente no âmbito do Poder Executivo, é proposta que chama atenção. Ainda mais verdade é isso quando se constata que são as Administrações Públicas que têm melhores condições de atender aos reclamos da sociedade em face das rápidas mudanças nas mais diversas áreas.⁹¹²

Todavia, embora seja inegável o privilegiado papel da função administrativa na concretização verdadeira das finalidades e normas de direitos humanos enunciadas em tratados e declarações internacionais, o posicionamento que os agentes públicos devem manifestar diante de incompatibilidades normativas insanáveis em questões que envolvem os direitos humanos – e não são poucas – é controverso. A convencionalização do Direito Administrativo no Estado Convencional de Direito, e a propagação da tese de que cabe à função administrativa realizar controle de convencionalidade, é fenômeno que gera mais dúvidas que certezas, tanto na academia quando na operação cotidiana do Direito.⁹¹³ Nem mesmo a jurisprudência internacional foi capaz, até o momento, de explicar coerentemente quem e como realizar o controle de convencionalidade. Os destinatários do controle de convencionalidade nacional e os limites de sua atuação são aspectos ainda mal definidos na jurisprudência da Corte IDH, a ponto de ser comum a crítica de que a Corte IDH, ao expandir o controle a todas as autoridades no marco de suas competências, beira a contradição.⁹¹⁴

Dito isso, e a partir de classificação sugerida por Álvaro Paúl Díaz, distinguem-se duas principais correntes interpretativas sobre as competências funcionais do Estado no

⁹¹¹ GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 28.

⁹¹² “São elas que têm maior possibilidade de internalizar que o governo tem por principalíssima função nesses tempos a de fazer a vida mais fácil, justa e harmônica em favor das pessoas em uma convivência social cidadã.” (COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del controle. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 271-275).

⁹¹³ HERNÁNDEZ, Mario Molina. Administración pública y controle de convencionalidad: problemáticas y desafíos. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dez. 2018. p. 290.

⁹¹⁴ SINISTERRA, Cindy Charlotte Reyes. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no há sido contada. **Revista Derecho del Estado**, n. 43, p. 159-190, maio/ago., 2019. p. 164.

exercício do controle de convencionalidade nacional: **(i)** uma corrente restrita e **(ii)** uma corrente extensiva.

(i) A corrente da interpretação limitada ou restritiva defende que somente órgãos de Estado com competência própria para realizar o controle de constitucionalidade podem fazê-lo. A corrente de interpretação restritiva possui uma subdivisão em duas subcorrentes, de acordo com a classificação de Paúl Díaz.

(i.a) A primeira subcorrente compreende que apenas órgãos que podem fazer controle de constitucionalidade podem realizar controle de convencionalidade “forte”, que seria o de invalidação de normas conforme as regras nacionais. Aos demais órgãos estatais, sem competência para realizar controle de constitucionalidade, caberia o controle de convencionalidade “fraco”, consistente em simplesmente interpretar as normas internas em conformidade com os tratados de direitos humanos. Essa posição, segundo Díaz, “entrelaça o controle de convencionalidade com o controle de constitucionalidade”⁹¹⁵ posição que, como visto anteriormente e se ressaltará abaixo, a presente tese rechaça.

Entre as interpretações restritivas Díaz coloca aquelas que fazem o controle de convencionalidade variar em grau de intensidade: indo de fraco (controle via interpretação) para forte (controle via afastamento ou invalidação). Como introduzido no capítulo 1 (subcapítulo 1.1.2.4), Ferrer Mac-Gregor seria o maior expoente desse enfoque, que terminou por prevalecer no sistema mexicano desde o caso Radilla Pacheco e foi assimilada pelo Tribunal Plurinacional Constitucional da Bolívia no julgamento n. 0084/2017. Essa primeira subcorrente, segundo Díaz, é criticável na medida em que nem mesmo a Corte IDH disse serem equivalentes o controle de constitucionalidade e de convencionalidade, o que só poderia se sustentar nos casos em que a Constituição torna os tratados de direitos humanos equivalentes a normas constitucionais.⁹¹⁶

(i.b) A segunda subcorrente entende que a realização de controle de convencionalidade por órgãos estatais dependeria de cláusulas constitucionais ou legais de incorporação da CADH no nível normativo mais alto dos sistemas nacionais, isto é, no nível constitucional. A segunda subcorrente não equipara controle de constitucionalidade e de convencionalidade, de resto muito diferentes. Mas exige o cumprimento de certas condições de recepção das normas internacionais para viabilizar o controle de convencionalidade segundo cada sistema prevê.

⁹¹⁵ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 71.

⁹¹⁶ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 71-76/297.

Para os integrantes da subcorrente caberia a cada Estado definir o modo de relacionamento da norma nacional com a norma internacional e cada Estado definir quem realiza controle de convencionalidade. Díaz defende a prevalência da interpretação restritiva na sua segunda subcorrente, para ele mais propensa a fazer com que os Estados aceitassem o controle de convencionalidade, porque mais afinada com as normas de Direito Internacional que conferem autonomia aos Estados para definirem a hierarquia e força normativa de tratados em seus ordenamentos.⁹¹⁷

Para Díaz, a competência de realizar o controle de convencionalidade na corrente restritiva pode ser outorgada tácita ou expressamente. Expressamente quando o sistema jurídico assim dispuser; tacitamente apenas quando a CADH fosse integrada com hierarquia constitucional nos sistemas jurídicos.⁹¹⁸ Segundo Díaz, a interpretação restritiva seria aquela mais de acordo com os princípios de Direito Internacional e que teria maior probabilidade de ser acatada pelos sistemas jurídicos internos.

Para essa corrente, a maneira mais adequada de interpretar a indicação de que os órgãos de Estado deveriam realizar controle de convencionalidade dentro da sua esfera de competências e conforme a regulação processual interna seria a partir do que prevê cada sistema constitucional.⁹¹⁹ Em resumo, para o autor “de acordo com a abordagem restritiva, os Estados teriam a liberdade de determinar a extensão que iriam permitir o controle de convencionalidade – até mesmo decidir se não haveria sequer controle de convencionalidade. Portanto, os órgãos de Estado não teriam na verdade nenhuma *obrigação* à qual aderir.”⁹²⁰

Sem previsão normativa não se admitiria sequer que um juiz que tenha poderes para controle difuso de constitucionalidade pudesse realizar prática análoga de controle de convencionalidade, tomando como paradigma os tratados. Não haveria, no enfoque limitado ou restrito da subcorrente, uma habilitação automática ao controle de convencionalidade credenciada àqueles autorizados ao controle de constitucionalidade. O controle de convencionalidade dependeria, para seu exercício, de uma decisão estatal soberana interna.⁹²¹

⁹¹⁷ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 72-79.

⁹¹⁸ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 77; DIÁZ, Alvaro Paul. The emergence of a more conventional reading of the conventionality control doctrine. **Revue Générale de Droit**, v. 49, p. 275-302, fev.2019. p. 300.

⁹¹⁹ DIÁZ, Alvaro Paul. The emergence of a more conventional reading of the conventionality control doctrine. **Revue Générale de Droit**, v. 49, p. 275-302, fev.2019. p. 296.

⁹²⁰ DIÁZ, Alvaro Paul. The emergence of a more conventional reading of the conventionality control doctrine. **Revue Générale de Droit**, v. 49, p. 275-302, fev.2019. p. 299.

⁹²¹ DIÁZ, Alvaro Paul. The emergence of a more conventional reading of the conventionality control doctrine. **Revue Générale de Droit**, v. 49, p. 275-302, fev.2019. p. 300.

Dessa posição da segunda subcorrente se extrai que se o Estado não definisse a possibilidade expressa ou implícita de realização de controle de convencionalidade, e a quem exatamente compete praticá-lo, não haveria viabilidade de controle de convencionalidade com suporte apenas na norma internacional, ou seja, na CADH. Essa posição dá azo a que se aceite, sobretudo, que uma norma constitucional ou até mesmo uma lei pudessem *proibir* o controle de convencionalidade.

(ii) A corrente da interpretação extensiva entende que compete a todos órgãos de Estado realizar o controle de convencionalidade nacional, independentemente das atribuições que tenha em relação ao controle de constitucionalidade. A interpretação extensiva desassocia controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade. Até mesmo órgãos que não possuem competência constitucional expressa estariam obrigados ao controle de convencionalidade. Segundo Díaz, o principal defensor dessa interpretação seria Brewer-Carías, que a postulou inicialmente em discussão sobre as competências de órgãos jurisdicionais.⁹²² Seria essa a corrente que se observaria da análise da jurisprudência da Corte IDH,⁹²³ que aos poucos foi se expandido em relação aos destinatários da técnica.⁹²⁴

Apesar de nunca ter se manifestado expressamente⁹²⁵, Díaz entende que parece que a Corte IDH até o momento concordaria com essa interpretação extensiva. Segundo Díaz, entre outros fundamentos, porque a Corte em seus julgados “não dispõe que os juízes só devem exercer competência *se possuem competência* para fazê-lo, senão afirma que eles *devem exercer* o controle de convencionalidade dentro de sua esfera de competência.”⁹²⁶

A classificação de Díaz é útil no sentido de esclarecer as diferentes possibilidades de interpretação da jurisprudência da Corte IDH. Porém, a conclusão do autor de que a melhor posição seria a da segunda subcorrente contrasta com o ideal normativo do SIDH, com o dever de obrigações de resultado contidos na CADH e as vantagens da interpretação extensiva, a qual defende a presente tese. Nesse contexto e a partir daquela classificação

⁹²² DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 61-70; BREWER-CARÍAS, Allan. El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. p. 1-65, 2012. p. 14. Disponível em: <<http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2012/09/1107-1-1055-EL-CONTROL-DE-CONVENCIONALIDAD-por-la-Corte-IDH-Y-AMPARO-18-sept.-2012.doc.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

⁹²³ DIÁZ, Álvaro Paul. The emergence of a more conventional reading of the conventionality control doctrine. **Revue Générale de Droit**, v. 49, p. 275-302, fev.2019. p. 287-289.

⁹²⁴ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 345.

⁹²⁵ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 71.

⁹²⁶ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 63.

básica, a seguir serão contrapostos os principais argumentos contrários e favoráveis ao exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública opostos entre aquelas correntes, de modo a demonstrar a viabilidade e os benefícios de sua prática por agentes públicos no exercício da função administrativa.

2.2.1. Argumentos contrários ao exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública

Os argumentos contrários ao exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública e utilizados pela corrente restrita são: **(i)** o princípio da separação dos poderes do Estado e da legalidade administrativa; **(ii)** a ausência de poderes da Corte IDH para criar competências não previstas na CADH; **(iii)** a inexistência de jurisprudência da Corte IDH a favor de competências controladoras pela função administrativa; **(iv)** a falta de vocação pela função administrativa para o controle de convencionalidade; **(v)** a correspondência absoluta entre controle de convencionalidade e de constitucionalidade, este último em regra interdito à função administrativa.

2.2.1.1. Princípio da separação dos poderes do Estado e da legalidade administrativa

A convencionalidade não é só um aumento de textos normativos a somar no rol de dispositivos a ser aplicado pelos operadores jurídicos. Mais do que isso, é uma maneira distinta e mais complexa de perceber o fenômeno normativo na contemporaneidade.⁹²⁷ Mas assumir como presente e inevitável essa mudança nas fontes normativas a ponto de realçar o papel privilegiado dos direitos humanos não seria sinônimo de aceitação de uma mudança na configuração dos papéis tradicionais das funções estatais, no mais das vezes reduzidas às competências típicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Nesse sentido, em sistemas de jurisdição una ou inglesa, quando se trata de teorizar e operacionalizar conflitos de ordem normativa seria reservado um papel privilegiado ao Poder Judiciário, responsável pela interpretação e decisão definitiva (com eficácia de coisa julgada) sobre qual norma ou sentido semântico merece prevalecer. Ao Judiciário então seria reservado um papel destacado na defesa das normas convencionais, a ponto de ser comum nos textos acadêmicos a presença

⁹²⁷ LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 217.

do seguinte argumento: se o *Poder Judiciário* não controla a convencionalidade, isso pode gerar responsabilidade internacional do Estado.⁹²⁸

Os textos mais recorrentemente citados sobre controle de convencionalidade nacional tratam de seu exercício *pelo Poder Judiciário*⁹²⁹, cujos juízes seriam desde a ótica do DIDH chamados de “juízes interamericanos”. Esses seriam responsáveis por controlar a convencionalidade de ofício e em qualquer matéria em processos judiciais, “no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes.”⁹³⁰ Os juízes é que seriam os protagonistas do controle de convencionalidade, porque “o Poder Judiciário tem melhores condições de zelar pela aplicação dos tratados de direitos humanos que outros poderes de Estado.”⁹³¹ Por isso o controle de convencionalidade seria apenas um procedimento judicial,⁹³² reservado a órgãos jurisdicionais.⁹³³

Mazzuoli dedica pouco mais de duas páginas ao tema do controle de convencionalidade pela Administração Pública. Com menção ao Caso Gelman, reconhece o dever de todos os órgãos de Estado realizarem o controle de convencionalidade. Mas expressamente defende que a Administração Pública não realizaria controle de convencionalidade de modo autêntico. Para o autor, seria dever do administrador público respeitar, ou seja, “ter em conta o comando dos tratados de direitos humanos (...). Embora aqui não se trate propriamente de *controle* de convencionalidade, trata-se, porém de *respeito* para com o comando mais benéfico dos tratados internacionais em vigor no Estado, cujo descumprimento acarreta a este último a responsabilidade internacional.”⁹³⁴ Caberia então ao Poder Público, vinculado ao princípio da legalidade administrativa, *respeitar* os tratados quando edita atos administrativos ou firma contratos administrativos, tão somente. No marco

⁹²⁸ Mazzuoli complementa ainda: “Portanto, o Poder Judiciário tem o dever de tornar imune o Estado do qual é *longa manus* de eventual responsabilização no plano internacional.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 45).

⁹²⁹ “(...) o controle de convencionalidade constitui uma atividade essencialmente jurisdicional, o que decorre do papel atribuído aos membros do Poder Judiciário brasileiro na defesa dos direitos fundamentais.” (GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018. p. 110).

⁹³⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. **Urbe et Ius - Revista de Opinión Jurídica**, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013. p. 39.

⁹³¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 38.

⁹³² MORALES, Zamir Andrés Fajardo. **Control de convencionalidad. Fundamentos y alcance. Especial referencia a México**. Comisión Nacional de los Derechos Humanos: Ciudad de México, 2015. p. 186.

⁹³³ RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Mexico-DF, n. 29, p. 163-218, jul./dez., 2013. p. 208-209.

⁹³⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 187-189.

de suas competências, continua Mazzuoli, o administrador público no exercício da função administrativa só controlaria a convencionalidade em circunstâncias muito limitadas, como quando o Chefe do Poder Executivo veta um projeto de lei inconveniente.⁹³⁵

A posição é análoga à de Sarlet⁹³⁶ e à de Martins e Moreira. Para esses últimos, o Poder Executivo exerceria controle de convencionalidade de modo particular, sempre por meio do Presidente da República, preventiva ou repressivamente: **(a)** Preventivamente, quando o quando veta um projeto de lei por inconveniente, com fundamento na ausência de interesse público (art. 66, § 1º da Constituição)⁹³⁷. A tese se assentaria no fato de que não haveria compatibilidade entre interesse público e descumprimento de obrigações internacionais assumidas pelo país. **(b)** Repressivamente, quando propõe “ação direta de inconveniente” ou “ação declaratória de convencionalidade”, o que dependeria de alteração da Constituição para criar essa modalidade de ação e designar seus legitimados.⁹³⁸

Se observa nessa corrente interpretativa citada que embora os seus autores não refutem a possibilidade de controle de convencionalidade nacional pelas funções administrativa e legislativa⁹³⁹, no mais das vezes emprestam um papel tímido à prática se

⁹³⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 187-188.

⁹³⁶ O autor admite controle de convencionalidade por outros Poderes. Mas o faz de forma tímida, relegando à doutrina o aprofundamento dos estudos acerca do tema: “Não se pode olvidar, nessa quadra, que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supra-nacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, § 3º, da CF, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado – mesmo de acordo com o entendimento do STF – integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro. De qualquer sorte, cuida-se de tópico a merecer desenvolvimento pela doutrina especializada e que poderá lançar maior luz sobre o tema do que aqui fomos capazes (e mesmo intentamos) de fazer.” (SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 56).

⁹³⁷ (Constituição) “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.”

⁹³⁸ Para os mesmos autores, o Poder Legislativo também exerce controle de convencionalidade preventiva ou repressivamente: (i) Preventivamente, quando não aprova leis inconvenientes, quando revoga leis inconvenientes, ou quando edita leis para viabilizar os direitos previstos em tratados de direitos humanos. (ii) Repressivamente, mediante a suspensão pelo Senado Federal de lei declarada inconveniente pela Corte IDH. Aqui trata-se de uma interpretação extensiva do art. 52, X da CF por parte de Martins e Moreira. O dispositivo permite o Senado suspender lei declarada inconstitucional pelo STF, e poderia ser lido a fim de compreender também as decisões da Corte IDH. (MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 474).

⁹³⁹ Em virtude de recorte da presente tese não se dará destaque para o complexo tema do controle legislativo de convencionalidade. Todavia, registre-se que também é impositivo ao Estado, segundo a Corte IDH. Aconteceria

comparado com as competências que defendem pertencer organicamente ao Poder Judiciário, para eles responsável pelo principal tipo de controle repressivo.⁹⁴⁰ Conforme disserta Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, no âmbito do Poder Executivo, cumpriria simplesmente ao “administrador, ao definir a regra de competência ou dar uma solução para o caso concreto, (...) se adequar ao disposto nas convenções internacionais.”⁹⁴¹ Vinculados que estão à legalidade administrativa, no máximo poderiam os demais poderes *provocar* o Judiciário para controlar a convencionalidade de alguma norma: “O Chefe do Executivo, no seu exercício de veto da legislação, deve opor seu inconformismo, também, em defesa dos tratados internacionais e provocar o controle concentrado.”⁹⁴² Nessa mesma linha interpretativa, Gomes defende que além do poder de veto como espécie de controle de convencionalidade, poderia o Poder Executivo exercê-lo limitadamente, no processo legislativo, mediante apresentação de projetos e medidas provisórias sem inconveniência. Além disso, competiria ao Executivo abster-se de editar decretos executivos inconvenientes,⁹⁴³ sendo, portanto, sua atuação no controle de convencionalidade nacional preventiva e bastante particular. Outros autores, como Castilla Juárez, seguem a mesma posição no sentido de que “o controle de convencionalidade interamericano executivo ou administrativo se traduz em um sentido amplo em ter presente e aplicar os conteúdos da Convenção Americana e demais tratados interamericanos, na organização e direção da política e administração pública; no desenho e implementação de políticas públicas e demais atos de governo que tenham como

pelo menos preventivamente nas Comissões temáticas previstas no art. 58 da Constituição, quando realizado pelo Poder Legislativo, ou pelo veto presidencial, quando realizado pelo Poder Executivo em função atípica (MARQUES, Miguel Ângelo. Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, *Ahead of print*, p. 1-21, 2021. p. 4). Mazzuoli lembra que aconteceu, por exemplo, com a publicação da Lei 12.470/12 que alterou o art. 20, § 2º da Lei 8.742/93 do LOAS, que mudou o conceito de pessoa com deficiência para adequá-lo à Convenção de Nova Iorque de 2009. O controle legislativo ocasionou a perda de objeto da ADPF 182 que buscava pioneiramente uma arguição de descumprimento de preceito fundamental previsto em tratado de direitos humanos. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 171-172. Nota 42/ p. 186-187).

⁹⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 112-113.

⁹⁴¹ FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 210.

⁹⁴² FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 210.

⁹⁴³ GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 114.

finalidade a proteção de qualquer direito humano.”⁹⁴⁴ Entre esses mesmos autores se identifica uma posição explícita ou implícita de que órgãos que desempenham função administrativa *não* estão autorizados a não aplicar ou expulsar normas que reputeem inconventionais, pois não seria de sua natureza fazê-lo.⁹⁴⁵ A eles caberia *cumprir a lei*.

As considerações de Alfredo Buzaid nos anos 1960 são elucidativas da postura submissa a uma imaginada pureza das teorias estrangeiras de separação dos poderes, aferradas a uma suposta “natureza” de cada função. Segundo Buzaid, só o Judiciário poderia declarar inconstitucionalidade de leis. Se o Legislativo pudesse fazê-lo, atuaria em causa própria. Se o Executivo pudesse fazê-lo, seria superior em prerrogativas do que o Legislativo. A separação e harmonia entre os Poderes reservaria, por isso, *apenas ao Judiciário* a prerrogativa de invalidar leis sob o fundamento de inconstitucionalidade (era inexistente, à época, uma teoria sobre a inconventionalidade das normas).⁹⁴⁶ O argumento central de Buzaid está no caso norte-americano *Marbury vs. Madison*, discutido no subcapítulo 2.2.2 à frente.

Efeito dessa compreensão da separação de poderes ou funções estatais é que a drástica atitude invalidadora competiria apenas aos órgãos com função jurisdicional, a ponto de contemporaneamente se confundir o controle de convencionalidade nacional pela função administrativa com mera *aplicação* da normativa de direitos humanos. Para Castilla Juárez, em linhas gerais, os parágrafos 65 a 68 e 88 da sentença de cumprimento de sentença do Caso Gelman demonstrariam exatamente isso: que o controle de convencionalidade seria mera aplicação do direito internacional, ou *garantia de tratados*. O que explicaria porque toda autoridade pública teria competência para realizá-lo, mas limitadamente. Afinal, toda autoridade pública tem o dever de aplicar normas jurídicas válidas e vigentes, especialmente as normas internacionais de direitos humanos. O que, na proposição crítica do autor, romperia com o caráter inovador do controle de convencionalidade nacional como técnica paradigmática a que obrigado todo agente público.⁹⁴⁷

Nessa interpretação tradicional da separação de funções, o Poder Executivo – e a função administrativa – só poderia realizar controle de convencionalidade invalidador se

⁹⁴⁴ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 118.

⁹⁴⁵ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 117.

⁹⁴⁶ BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 62, n. 2, p. 37-62, 1966. p. 56-58.

⁹⁴⁷ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, n. 33, p. 149-172, jul./dez. 2014. p.160-162.

estiver também autorizado a realizar controle de constitucionalidade. Caso não possa, como em muitos países, deveria entregar tal mister ao órgão com competência para declaração de inconvenção. ⁹⁴⁸

Entretanto, tal tese restringe o controle de convencionalidade, não se importa com a norma de interpretação mais benéfica, e dá muito crédito ao Poder Judiciário. Apesar disso, ela sustenta que na atual configuração da divisão de poderes estatais o Poder Executivo – principal artífice da função administrativa - teria um papel muito limitado no paradigma convencional: “quanto ao Poder Executivo, passa a ser mister do administrador conhecer todos os tratados de direitos humanos em vigor para não emitir atos administrativos que contrariem padrões internacionais de direitos humanos previstos em instrumentos dos quais o Brasil é parte.”⁹⁴⁹ Ao Executivo – ou aos agentes no exercício da função administrativa - caberia, ao que se extrai do argumento, no máximo interpretar o ordenamento jurídico conforme os tratados de direitos humanos. Trata-se de uma posição bastante limitante da separação de poderes ou funções, que interdita ao Poder Executivo ou à função administrativa qualquer atuação invalidadora de normas (salvo as que eles próprios tenham editado).

Mesmo entre os mais abertos a uma interpretação renovada da teoria da separação dos poderes relacionada ao controle de convencionalidade observa-se cautela e defesa de condicionantes para a expansão de competências invalidadoras para além do Judiciário. Cambi, Porto e Heemann entendem que o controle de convencionalidade interno pode ser classificado em: **(a)** próprio, realizado pelo Judiciário; **(b)** impróprio, realizado por outros órgãos ou autoridades públicas. Mas não qualquer órgão ou autoridade pública estatal, segundo eles, senão apenas por aqueles “que concentram relevantes poderes estatais aptos a lidar diretamente, por meio da autoridade exercida, com os direitos de liberdade dos cidadãos.”⁹⁵⁰ A esses órgãos caberia realizar o controle de convencionalidade nacional, chamado pelos autores de *controle de convencionalidade por diretriz*,⁹⁵¹ classificação sem paralelo na doutrina.

⁹⁴⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 188-189.

⁹⁴⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 14.

⁹⁵⁰ CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, Brasília, v. 7, p. 109-122, 2019. p. 115.

⁹⁵¹ CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, Brasília, v. 7, p. 109-122, 2019. p. 114.

Quais seriam então os órgãos que concentram aqueles relevantes poderes estatais? A defesa de que apenas a algumas instituições caberia um papel especial na difusão do controle de convencionalidade é comum na doutrina. Sustenta-se que a advocacia pública e privada, a Ordem dos Advogados do Brasil como pessoa jurídica, o Ministério Público e a Defensoria Pública seriam instituições que teriam um papel destacado no controle de convencionalidade extrajudicial e judicial.⁹⁵²

E é nessa linha que Cambi, Porto e Heemann destacam as atribuições da Defensoria Pública e Ministério Pública ligadas à proteção dos direitos humanos (art. 134 e art. 127 da CF)⁹⁵³, o que levaria à compreensão de que, no Brasil, lhes competiria realizar o controle de convencionalidade – na linha do que a Corte IDH fundamentou na resolução de cumprimento de sentença do Caso Gelman. A forma de exercer esse controle de convencionalidade por diretriz não fica clara da leitura dos escritos dos autores. Mas tudo indica que ele aconteceria via atuação funcional daquelas instituições nos âmbitos extrajudicial e judicial. Por exemplo, e mais uma vez, *provocando o Judiciário* para, ele sim, afastar ou invalidar normas inconventionais. Ou então condicionando termos de ajustamento de conduta ou acordos aos dispositivos convencionais conforme interpretados pela Corte IDH. Ainda segundo os autores, no máximo “cabe ao Ministério Público exercer o protagonismo no sistema de justiça brasileiro valendo-se do controle de convencionalidade de maneira difusa.”⁹⁵⁴

2.2.1.2. Ausência de poderes da Corte IDH para criar competências não previstas em tratado

É objeto de crítica o entendimento da Corte IDH que estendeu indiscriminada e vagamente a todos órgãos de Estado competência para controle de convencionalidade. Já foi demonstrado acima que a Corte IDH ao longo da sua história jurisprudencial ampliou o conjunto de agentes responsáveis pelo controle de convencionalidade nacional, e fundamenta em seus julgados a obrigatoriedade de controle de ofício por toda autoridade pública. O controle nacional propagado pela Corte IDH se baseia na constatação de que a aplicação

⁹⁵² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública e instituições essenciais à justiça no controle de convencionalidade. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 22, n. 43, p. 17-27, jan./jun. 2020. p. 20.

⁹⁵³ A EC nº 80/2014 alterou o art. 134 da Constituição, e hoje consta no dispositivo constitucional, como uma das incumbências expressas da Defensoria Pública, a “promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos”. Por sua vez, o art. 127 dispõe que “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

⁹⁵⁴ CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, Brasília, v. 7, p. 109-122, 2019. p. 110-118.

formal das normas internas à revelia das regras convencionais e princípios internacionais de *jus cogens* não é compatível nem com o efeito útil dos tratados, nem com os ideais de proteção e segurança que se buscam universalmente.⁹⁵⁵

Mas a defesa das competências amplas para realização do controle de convencionalidade sofre um sem-número de argumentos a ela contrários, dirigidos com veemência contra a tese que poderia a Administração Pública exercitar a técnica em sua máxima intensidade invalidadora, especialmente em processos administrativos.

Para David Lovatón Palacios, seria inconveniente e contraproducente “ter estendido este poder de controle de convencionalidade a qualquer autoridade pública, expressão já por si genérica e que nem sequer o controle de constitucionalidade experimentou com tamanha expansão.”⁹⁵⁶ Que a Corte IDH pode declarar normas constitucionais inconventionais não há dúvidas. Mas elas começam a aparecer e se intensificar quando se trata de definir se as autoridades internas podem fazê-lo no controle de convencionalidade nacional. E, lamentavelmente, a Corte IDH até o momento não foi clara a esse respeito.⁹⁵⁷ Ao comentar o parágrafo 239 da decisão de supervisão de cumprimento de sentença do Caso Gelman, Bazán destaca a generalidade com que a Corte IDH se referiu ao dever de toda autoridade pública realizar o controle de convencionalidade, e alerta que a manutenção de declaração tão genérica tende a trazer “dificuldades operativas no plano interno.”⁹⁵⁸

A Corte IDH é sintética em suas manifestações, vacila e não é clara quanto aos reais contornos da técnica de controle de convencionalidade nacional, o que dificultaria ainda mais a aceitação de que poderia criar um instituto não muito bem delineado e sem previsão expressa em tratado internacional. Nessa perspectiva, os críticos argumentam que ou se altera a CADH para incluí-lo expressamente como técnica jurídica de invalidação e para disponibilizar seu aceite pelos Estados signatários – o que é difícil de acontecer, pelo menos a curto prazo –, ou os Estados deveriam criar e regular o controle de convencionalidade em seus

⁹⁵⁵ GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos convencionales para el control de la arbitrariedad de la Administración: instrumento idóneo en los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 230/236-237.

⁹⁵⁶ PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017. p. 1394.

⁹⁵⁷ PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017. p. 1397-1398.

⁹⁵⁸ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad**. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 31.

próprios sistemas, com as características que lhes aprouver.⁹⁵⁹ Há, por isso e apesar da posição da Corte IDH, grande ceticismo quanto à possibilidade de outras autoridades que não os juízes realizarem o afastamento de normas inconventionais ou determinarem condutas com respaldo direito em tratado internacional. E, em todo caso, essa seria competência reservada aos Estados integrantes do SIDH, soberanos na repartição de competências entre agentes públicos, função essa interdita à Corte IDH, segundo os críticos.⁹⁶⁰

Nesse aspecto é que alguns simplesmente rejeitam as diretrizes jurisprudenciais da Corte IDH. Para Viñas, se não há previsão normativa, como controle normativo o controle de convencionalidade deve ser limitado ou restrito. Ou seja, deve ser exercido “apenas por aqueles órgãos com faculdades para declarar a invalidade ou aplicação de normas; alcançar como material controlante unicamente aqueles tratados a respeito dos quais a Corte IDH tem competência material; e ter por objeto a normativa interna do Estado.”⁹⁶¹ Assim sendo, se não existe uma competência expressa no ordenamento jurídico nacional que outorgue poderes de controle de convencionalidade invalidador de normas e práticas à função administrativa, não se pode aceitar como legítimo qualquer declaração de invalidação ou recusa de aplicação de normas e práticas pelo Poder Executivo ou outros órgãos administrativos sob o fundamento de inconventionalidade.

No Brasil, ressaltam Laurentiis e Ferreira, essa competência não existe até o momento, o que tornaria o controle de convencionalidade pela função administrativa inviável.⁹⁶² Nesse influxo, nos Estados cujo desenho institucional interdita as autoridades

⁹⁵⁹ CASALS, Maria Angelica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, v. 15, n. 2, p. 365-388, 2017. p. 373/379.

⁹⁶⁰ “(...) a Convenção não impõe que o seu texto e a jurisprudência interamericana sejam obrigatoriamente incorporadas ao direito interno nem define qual sua posição hierárquica nos ordenamentos jurídicos nacionais. De igual sorte, eventual modificação da organização administrativa e das atribuições dos agentes públicos locais encontram-se sujeitas a óbices de natureza legal e constitucional, cumprindo a cada Estado – e não à Corte – promovê-las.” (SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou suas faces da mesma moeda? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 236).

⁹⁶¹ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 138.

⁹⁶² “Essa questão é mais tormentosa do que parece. Não só porque a declaração de invalidade de um ato normativo contém uma potencial agressão à instância competente para elaboração de textos legais, competência que pode ser facilmente manipulada por dirigentes populistas, mas também porque a declaração de invalidade infundada de uma lei pode gerar a consequências graves para o detentor de um mandato presidencial, que podem constituir até mesmo em seu afastamento ou impedimento, é temerário impor aos chefes do poder executivo a obrigação de declarar a inconventionalidade de leis ou atos normativos. Mais uma vez, sob o ângulo normativo, é preciso relembrar que a competência de controle não decorre pura e simplesmente da verificação da incompatibilidade de uma norma em relação a um parâmetro de validação. Ao contrário, é sempre preciso a autorização normativa para o exercício dessa competência de controle. No direito brasileiro não existe norma que autorize os órgãos integrantes da administração pública a exercer o controle de constitucionalidade. Dessa forma, é em regra inviável a declaração de inconstitucionalidade por órgãos que integrem o poder executivo. E, pelas mesmas razões, é inviável o controle de convencionalidade por esses órgãos.” (LAURENTIIS, Lucas Catib

administrativas “declarar a inconstitucionalidade-inconvencionalidade de uma norma”⁹⁶³, só restaria ao Poder Público remeter a questão a quem competente para resolvê-la. O que dependeria da criação de mecanismos institucionais internos que permitam remeter uma declaração de inconvencionalidade a quem competir tal prerrogativa, no mais das vezes ao Poder Judiciário. Em última análise, e na melhor das hipóteses para a corrente crítica do controle de convencionalidade nacional amplo, o agente público que não ostente competência legal expressa para realizá-lo poderia solicitar aos órgãos competentes que tomem as medidas para produzir, a quem for competente segundo expressamente previsto no ordenamento, a inaplicação ou expulsão das “normas nacionais que se oponham ao conteúdo dos tratados interamericanos (de conformidade com seu sistema normativo constitucional).”⁹⁶⁴ O controle de convencionalidade dessa forma interpretado não levaria a invalidações ou expulsões de normas dos sistemas jurídicos automaticamente por quaisquer órgãos estatais, e sempre dependeria do que cada sistema nacional regulasse para si em sua Constituição e leis.⁹⁶⁵

Essa interpretação parte da leitura literal das normas da CADH (que não possui norma sobre o controle de convencionalidade) e da interpretação do Direito Internacional que respeita a soberania dos Estados e utiliza classificações entre monistas e dualistas. Posta assim a questão, para os críticos admitir a prevalência da interpretação extensiva das competências para controle de convencionalidade, ou seja, a todas as funções de Estado, levaria a um cenário em que a Corte IDH seria uma espécie de “legislador absoluto” do SIDH, uma vez que a CADH em nenhum momento direcionaria aquelas competências a agentes públicos tão amplamente como querem os defensores da corrente ampla.⁹⁶⁶ Em suma, “apoiar a doutrina do controle de convencionalidade na sua interpretação extensiva”⁹⁶⁷ não é

de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. p. 264).

⁹⁶³ HERNÁNDEZ, Mario Molina. Administración pública y controle de convencionalidad: problemáticas y desafíos. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dez. 2018. p. 296.

⁹⁶⁴ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. **Revista Derecho del Estado**, n. 33, p. 149-172, jul./dez. 2014. p. 163.

⁹⁶⁵ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. **Revista Derecho del Estado**, n. 33, p. 149-172, jul./dez. 2014. p. 162/168.

⁹⁶⁶ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 50/69/79.

⁹⁶⁷ Alvaro Paul Díaz distingue duas correntes do controle de convencionalidade em uma classificação que leva em conta o sujeito competente para seu exercício: a corrente da interpretação extensiva e a corrente da interpretação restritiva. Para o que importa neste subcapítulo, cabe dizer que a corrente da *interpretación extensiva* defende que compete a todos órgãos de Estado realizar o controle de convencionalidade, independentemente das atribuições que tenha em relação ao controle de constitucionalidade. Toda autoridade pública gozaria de amplas competências de controle de convencionalidade. (DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 78).

sustentável, devido a sua falta de fundamento jurídico na CADH, e ao fato de que pode ser contrária às constituições de certos Estados (que, a menos que o Estado ratifique um tratado em sentido contrário, são soberanas para determinar a relação entre o Direito interno e o Direito internacional).”⁹⁶⁸ Pior, para os críticos isso contribuiria para afastar os Estados do controle de convencionalidade, já que se espalharia o receio de uma interferência arbitrária e não controlada em suas esferas de soberania. Segundo Díaz, a interpretação extensiva muito dificilmente seria aceita pelos Estados do SIDH, por não ter base normativa na CADH e por conferir efeitos muito amplos à técnica. Para ele é falso que a interpretação extensiva tem a capacidade de aumentar os níveis de eficiência do SIDH e de cumprimento das decisões da Corte IDH. Para ele, mesmo se aceita a interpretação extensiva, ainda assim a efetividade do controle de convencionalidade está atrelada ao nível de aceitação da internalização da jurisprudência pelos Estados, o que está além da mera imposição de uma técnica sem respaldo normativo.⁹⁶⁹

Em síntese, para esse argumento o dilema sobre o exercício ou não do controle de convencionalidade pela Administração Pública deveria ser resolvido segundo solução que o próprio ordenamento jurídico prevê. Em geral o que os adeptos dessa corrente defendem, em síntese, é que a Administração Pública só pode deixar de aplicar ou invalidar uma norma interna por inconvenção quando alguma lei ou a Constituição permitam expressamente o controle de *convencionalidade* nacional pela função administrativa. Nos ordenamentos em que essa competência não está expressamente disposta em lei ou na Constituição (e nos países do SIDH em nenhum país está até o momento), caberia à Administração Pública provocar pelos meios cabíveis as autoridades do Poder Judiciário (ou de Corte Constitucional) que tenham competência invalidadora de normas internas. Novamente, o argumento da divisão de Poderes conforme historicamente compreendida levaria à compreensão de que no esquema tradicional de separação de funções caberia apenas aos órgãos jurisdicionais e/ou Cortes Constitucionais o poder de declarar sem efeitos uma norma, inclusive por inconvenção. Essa seria a maneira mais adequada de compatibilizar o princípio da legalidade (ou a juridicidade) com o dever de controlar a convencionalidade de normas e práticas internas, e até que o incidente ou ação provocados pela Administração Pública fossem julgados, eventual processo decisório administrativo permaneceria suspenso. Em todo caso, o que sempre restaria possível à Administração

⁹⁶⁸ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 78.

⁹⁶⁹ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 74/78.

Pública – sendo inclusive um dever seu – seria a realização de interpretação convencional das disposições normativas internas. Diz Hernández-Mendible: “uma interpretação do ornamento jurídico conforme o bloco de convencionalidade, é dizer, aquela que seja mais favorável ou que melhor se compatibilize com o exercício dos direitos e liberdades da pessoa humana, é dizer, *pro persona*.”⁹⁷⁰

2.2.1.3. *A jurisprudência da Corte IDH sequer teria se firmado a favor de competências controladoras pela função administrativa*

Ainda que se pudesse aceitar a criação de uma competência pela jurisprudência internacional, para os críticos a despeito do que sentenças como a do Caso Gelman tentariam estimular, isto é, apesar do que a própria Corte IDH faz constar *em alguns julgados*, a leitura atenta de seu conjunto de julgados tenderia a confirmar o privilégio da função jurisdicional no controle de convencionalidade.

Para Dulitzky, a jurisprudência seria vaga, e não explicaria nem mesmo como um juiz, mais habituado com o manejo técnico de normas, pode invalidá-las sob o fundamento de inconvenção em países que ele não pode fazer o mesmo sob o fundamento da inconstitucionalidade.⁹⁷¹ Tanto menos serviria, portanto, para justificar o controle de convencionalidade pela função administrativa.

Nessa linha argumentativa, Castilla Juárez pesquisou 38 sentenças da Corte IDH preferidas entre 2006 e 2016 e que trataram com alguma profundidade do controle de convencionalidade, ao invés de apenas citá-lo. Constatou que em 31 delas o destinatário do controle de convencionalidade nacional eram juízes ou tribunais (81,5%), e só em 9 delas a Corte IDH o direcionava às competências de qualquer Poder ou autoridade (23,6%).⁹⁷² Como

⁹⁷⁰ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad y la Administración Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. p. 659/668-669.

⁹⁷¹ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 60-61.

⁹⁷² Na pesquisa de Castilla Juárez, os casos em que a Corte IDH identificou como competência de outras autoridades que não os juízes para realizar o controle de convencionalidade são: Caso Vélez Loor vs. Panamá (2010); Caso Gelman vs. Uruguai (2011) e supervisão de cumprimento de sentença (2013); Caso Massacre de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador (2012); Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia (2012); Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014); Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana (2014); Opinião Consultiva n. 21/2014; Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador (2014); e Caso García Ibarra e outros vs. Equador (2015). (CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 92-96).

os juízes também estão incluídos em “qualquer outro Poder ou autoridade”, não haveria como negar que segundo a Corte IDH eles seriam os principais destinatários da técnica.⁹⁷³ Mesmo assim, ao outorgar aos juízes o dever de realizar o controle de convencionalidade para invalidar normas, a Corte IDH passaria a atribuir competências que os próprios sistemas nacionais por vezes não reconhecem indiscriminadamente aos próprios juízes.

A Corte IDH, portanto, em período muito curto e apenas em julgados esparsos teria sustentado a competência ampla para o controle de convencionalidade.

2.2.1.4. *A função administrativa não seria vocacionada para o controle de convencionalidade*

A postura da Corte ao identificar uma competência de autoridades não integradas à função jurisdicional seria problemática, pois haveria razões ligadas à formação, experiência e vocação institucional que também justificariam interditar o afastamento ou a invalidação de normas e práticas por autoridades administrativas e relegá-las às jurisdicionais.

Conforme disserta Eduardo Jordão em estudo sobre o controle judicial da Administração Pública, há um conjunto de questões controversas classificadas como tipicamente jurídicas cuja “juridicidade é *particularmente* relevante – ou *mais relevante* do que seus demais aspectos”.⁹⁷⁴ É claro que realçar esse aspecto da decisão administrativa, o jurídico, termina por ser uma opção.⁹⁷⁵ Mas ainda que feito isso, em função daquele enfoque os tribunais judiciais entendem essas decisões que realçam no seu aspecto jurídico sujeitas a um controle não deferente (um controle judicial mais forte diante do que é decidido na Administração Pública). O Judiciário se debruça sem cerimônia sobre essas questões na medida em que como seus magistrados têm “sólida formação jurídica e [são] habituados a tratar questões dessa natureza, os membros dessas instituições deveriam, portanto, ter precedência quando delas se tratasse *também porque tenderiam a compreendê-las mais inteiramente*.”⁹⁷⁶

Essa especialização estaria ligada à formação jurídica dos magistrados integrantes da função judicial, o que os tornaria mais aptos à resolução de impasses classificados como

⁹⁷³ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 97.

⁹⁷⁴ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 192.

⁹⁷⁵ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 226.

⁹⁷⁶ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 70.

jurídicos, como seria classificado qualquer problema relacionado com a convencionalidade de normas e práticas. Por oposição, a formação das autoridades administrativas seria raramente vinculada ao Direito, ou pelo menos não vocacionada à invalidação de normas⁹⁷⁷, o que lhes retiraria a legitimidade para afastar uma norma que entendem contrária a uma convenção de direitos humanos.⁹⁷⁸ Por outro lado, os membros do Judiciário seriam vocacionados à solução daquelas questões tipicamente jurídicas. Inclusive o pessoal de apoio do Judiciário em regra também tem formação jurídica. E, por fim, a estrutura institucional do Poder Judiciário lhe daria isenção perante a resolução dos problemas jurídicos que lhe compete resolver, diferentemente do que aconteceria com autoridades ligadas, em algum nível, ao Poder Executivo ou Legislativo, sujeitas às pressões próprias de sistemas democráticos com eleições periódicas.

O Judiciário é uma instituição contramajoritária, de maneira que a objeção contramajoritária⁹⁷⁹ alocaria nos tribunais judiciários – especialmente no tribunal constitucional – a competência para frear os ímpetos da maioria que poderiam atentar contra a democracia e os direitos fundamentais. Além disso, ao Judiciário unicamente é que competiria conter os excessos do Executivo e do Legislativo. Estes movidos pela opinião pública, e o Judiciário como artífice da contenção que não se submete às pressões momentâneas do povo.⁹⁸⁰

⁹⁷⁷ “A ideia central é a de que as autoridades administrativas não são especialmente vocacionadas à rejeição das normas do ordenamento, embora o juízo sobre a sua legitimidade seja inerente ao exercício de sua função.” (CARVALHO, Raquel. Inconstitucionalidade pela Administração Pública - dificuldades e limites. 26 ago. 2019. Disponível em: <<http://raquelcarvalho.com.br/2019/08/26/inconstitucionalidade-pela-administracao-publica-dificuldades-e-limites/>>. Acesso em 14 nov. 2023).

⁹⁷⁸ “Constantemente, os membros das autoridades administrativas possuem formação muito menos uniforme – alguns deles são administradores, outros economistas, outros engenheiros. A formação jurídica, no entanto, não é regra. Neste sentido, é de se esperar que sejam menos aptos para solucionar questões que exijam técnica jurídica mais apurada.” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 70-71).

⁹⁷⁹ A síntese do argumento está em conceber os Tribunais, de regra os Tribunais Constitucionais, como instituições reconciliadoras dos direitos fundamentais e da vontade democrática parlamentar. O Judiciário protege as minorais mediante a utilização de argumentação jurídico-racional aglutinadora dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. O que, inclusive na discussão sobre o controle de convencionalidade, se resume no fato de que “enquanto o Parlamento representa o cidadão politicamente, o Tribunal Constitucional faz a sua representação argumentativa.” (ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 332-333).

⁹⁸⁰ “A democracia se assenta em uma predisposição não democrática, e esta precondition não democrática é a que assegura a democracia.” (BANDIERI, Luis Maria. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas. **Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural**: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Octubre, 2013. p. 10-11)

Conquanto Jordão não discuta o controle de convencionalidade em si, sua análise comparada do controle da função administrativas em diferentes sistemas jurídicos apresenta argumentos que serviriam de cautela à entrega total de competências invalidadoras para qualquer agente público, o que no mínimo colocaria sob suspeita as sugestões da Corte IDH de expandir o controle de convencionalidade indiscriminadamente a qualquer órgão estatal.

2.2.1.5. O controle de convencionalidade só poderia ser exercido por quem competente para o controle de constitucionalidade

O mais comum entre os estudiosos do tema que admitem o controle de convencionalidade como técnica útil e desejável, possivelmente estimulado pela jurisprudência da Corte IDH nas primeiras fases de criação do controle de convencionalidade, é correlacionar as competências de controle de convencionalidade às de controle de constitucionalidade. Como já explorado no capítulo 1, essa posição, senão contrária ao exercício de controle de convencionalidade, termina, no mínimo, por limitar o potencial da técnica, e limitar o papel da função administrativa.

Para essa corrente, limitante, o controle de convencionalidade seria simétrico ao de constitucionalidade. Apenas quando a Administração Pública pudesse, no âmbito de suas funções, realizar o controle de constitucionalidade em algum Estado é que ela estaria autorizada a realizar o controle também de convencionalidade. A autoridade administrativa só poderia declarar a inconvenção de normas ou práticas quando em determinado sistema jurídico ela também pudesse declarar sua inconstitucionalidade. Entre os que assim entendem está Pablo Angel Gutiérrez Colantuono, segundo quem em sistemas “judicialistas”, em que no esquema de separação de poderes as funções invalidadoras em regra estão reservadas ao Judiciário (ou a algum Tribunal Constitucional), a atribuição de controle de constitucionalidade e convencionalidade a outros Poderes ou órgãos deve ser vista com reservas e sempre equiparada em seus termos. Em relação aos efeitos e pressupostos a solução encontrada para o controle de constitucionalidade deve ser a mesma para o controle de convencionalidade. Para o autor, “Não é possível aceitar um tipo de controle e rejeitar outro; tampouco exigir de um determinados requisitos e lhe assinalar efeitos diversos daqueles exigidos e assinalados ao outro.” Controle de convencionalidade e de constitucionalidade

possuem, nos dizeres do autor, uma “simetria sinérgica”.⁹⁸¹ Dita posição não pode passar despercebida, uma vez que para a defesa da tese de que cabe à Administração Pública exercer controle de convencionalidade nacional é útil compreender a polêmica análoga que envolve o controle de constitucionalidade.

No capítulo 1 explicou-se a distinção entre o controle de convencionalidade e constitucionalidade, e como as soluções para essas técnicas distintas devem ser distintas. Mas não deixa de ser relevante entender os caminhos da controvérsia já mais bem posta a respeito da (im)possibilidade de controle de constitucionalidade pela Administração Pública, recorrentemente apresentada na doutrina e jurisprudência sob a ótica do Poder Executivo (embora não se limite a ele). A retomada do tema, ainda que sinteticamente, é importante porque parte dos argumentos utilizados para proibir o controle de constitucionalidade pela Administração são idênticos aos que servem à proibição da Administração Pública para controlar a convencionalidade de normas e práticas estatais.

A discussão teórica sobre o controle de constitucionalidade pela Administração Pública divide posições favoráveis e desfavoráveis à técnica no atual esquema de divisão de funções brasileiro. Entre as posições desfavoráveis, que desaconselhariam a extensão de competências análogas para o controle de convencionalidade, pode-se destacar alguns principais argumentos. Daniel Wunder Hachem analisa com profundidade todos os argumentos opostos à prática⁹⁸² O autor trabalha cada um deles para elucidar os limites da atuação do Chefe do Poder Executivo para recusa da execução de leis inconstitucionais. Na presente tese somente serão discutidos os principais argumentos que se entende pertinentes à defesa da tese de que a função administrativa pode controlar a *convencionalidade* de normas e práticas. Os principais argumentos são: (i) o monopólio judicial sobre o controle de validade de normas via controle de constitucionalidade e, por consequência, sobre o controle de

⁹⁸¹ COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del control. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 277-286.

⁹⁸² São argumentos contrários, segundo o autor: “(i) o princípio da legalidade administrativa; (ii) o princípio da separação dos poderes; (iii) a presunção de constitucionalidade das leis; (iii) a inexistência de uma competência expressa na Constituição; (iv) a possibilidade de controle prévio pelo veto do chefe do Poder Executivo; (vi) a legitimidade ativa do Presidente da República e dos Governadores de Estado para suscitar o controle jurisdicional abstrato de constitucionalidade; (vii) a previsão constitucional de crime de responsabilidade do Presidente da República em caso de descumprimento da lei; (viii) os riscos de anarquia, insegurança jurídica e arbitrariedades da Administração Pública.” Para a apresentação exaustiva de todos os argumentos e as respostas a ele, com a demonstração dos argumentos favoráveis ao afastamento de leis inconstitucionais por violação a direitos fundamentais, cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 344-369.

convencionalidade; **(ii)** a presunção de constitucionalidade e convencionalidade das leis; **(iii)** a inviabilidade operacional de controle de constitucionalidade e convencionalidade pelos meios à disposição da Administração Pública.

(i) O monopólio judicial sobre o controle de constitucionalidade e convencionalidade: no Brasil, a opção constitucional teria sido pelo monopólio do controle de constitucionalidade ao Judiciário, nos termos do art. 103 da CF,⁹⁸³ o que por consequência atribuiria a mesma reserva para o controle de convencionalidade. A supremacia da Constituição não seria argumento válido para conferir o poder de controle de constitucionalidade à Administração Pública. Conforme expõe Lucas Catib de Laurentiis, “A força normativa da Constituição é medida pela vontade de realizar as tarefas e desígnios do texto constitucional. (...) Tal concepção não pressupõe, todavia, a realização do controle de constitucionalidade pela administração pública.”⁹⁸⁴ Cada sistema faz uma escolha, e o sistema brasileiro teria feito a escolha de preservar a soberania constitucional mediante provocação *do Judiciário* para declaração de inconstitucionalidade, o que também deveria valer para o controle de convencionalidade. Por outro lado, conceder aquela competência indiscriminadamente à Administração Pública seria até mesmo ineficiente, pois só adiaria a solução final a ser dada, invariavelmente, pelo Judiciário.⁹⁸⁵ Quanto ao controle de convencionalidade, valeriam as mesmas considerações segundo Sérgio García Ramírez e Julieta Morales Sánchez, os quais fundamentam a reserva jurisdicional para exercício do controle de convencionalidade obrigatório pelos órgãos judiciais em função da obrigação que os juízes têm de observar as convenções de direitos humanos.⁹⁸⁶

(ii) A presunção de constitucionalidade e convencionalidade das leis: as leis se presumem constitucionais⁹⁸⁷ e, acrescente-se, convencionais. A relativização daquela presunção apenas poderia acontecer pela via de ação judicial ou de controle concentrado de

⁹⁸³ ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. **Revista CEJ**, Brasília, a. XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011. p. 8-9.

⁹⁸⁴ LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012. p. 148.

⁹⁸⁵ LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012. p. 148.

⁹⁸⁶ RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Mexico-DF, n. 29, p. 163-218, jul./dez., 2013. p. 208.

⁹⁸⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 349.

constitucionalidade (ou convencionalidade), a serem movidos pelos legitimados. O Poder Executivo teria legitimidade por seus órgãos para *provocar o Judiciário*, e não mais do que isso. Isso porque na atual ordem constitucional a legitimidade ampliada do art. 103 da Constituição para provocar o controle abstrato de constitucionalidade – que conta com a possibilidade de concessão de medidas cautelares – proibiria o que Cook Junior chamou de “autotutela do Direito Constitucional.”⁹⁸⁸

Ainda que a jurisprudência do STF na segunda metade do século XX apoiasse a ideia do afastamento de lei pelo Poder Executivo em decorrência de inconstitucionalidade, a ampliação dos legitimados para provocar o controle abstrato de constitucionalidade a partir da CF/88 e os mecanismos de suspensão cautelar disponíveis alterariam a percepção acerca daquela possibilidade.⁹⁸⁹ Por isso, a postura que se espera do órgão administrativo seria simplesmente aplicar a lei que desconfia ser inconstitucional ou inconveniente, mas ao mesmo tempo provocar os órgãos com legitimidade para ajuizar ação de controle de constitucionalidade (ou convencionalidade) para que busquem perante o tribunal judiciário competente a declaração de invalidade, inclusive em sede cautelar. Essa é a solução mais ortodoxa, conforme analisa Hernández-Mendible entre as várias possíveis à Administração, a de maior tradição no constitucionalismo ocidental, e que concilia na máxima medida o princípio da legalidade com o princípio da supremacia da Constituição,⁹⁹⁰ de resto superior em hierarquia aos tratados de direitos humanos.

A recusa dessa tradição, que remete ao argumento da separação de Poderes apresentado acima, romperia com a noção de Estado de Direito, “já que o Poder Legislativo ficaria totalmente fragilizado, na medida em que as leis poderiam tranquilamente ser descumpridas pelo Poder Executivo, seja federal, estadual ou municipal, sempre que se reputassem inconstitucionais.”⁹⁹¹ A consequência nefasta disso seria a insegurança jurídica que dominaria as relações jurídicas, sempre sujeitas à interferência de entendimentos de inconstitucionalidade (e inconveniência) de leis e outros atos por variados entes e

⁹⁸⁸ O autor revisa o histórico jurisprudencial brasileiro sobre o tema desde a instauração da República. Até 1946 se reconhecia, a exemplo dos EUA, a possibilidade do chefe do Executivo recusar a aplicação de lei inconstitucional. Após 1988 essa posição jurisprudencial careceria de fundamento. (COOK JUNIOR, Peter John Arrowsmith. A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 136, out./dez. 1997. p. 356-358).

⁹⁸⁹ LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012. p. 142-145.

⁹⁹⁰ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. El control de convencionalidad como expresión de control de constitucionalidad: originalidade y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-138, set./dez. 2015. p. 148-149.

⁹⁹¹ ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. **Revista CEJ**, Brasília, a. XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011. p. 8.

órgãos.⁹⁹² Para os críticos da competência ampla, não seria preciso muito esforço para imaginar que ampliar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade e inconveniência a órgãos da Administração Pública levaria a um cenário caótico, de múltiplas decisões, inclusive conflitantes. Cenário este que violaria a segurança jurídica. As consequências da ampliação daquela legitimidade devem ser bem compreendidas, para que não se instale o descontrole por situação em que o Executivo, por simples ato administrativo, se recusaria a aplicar leis editadas pelo Legislativo.⁹⁹³

Em outras palavras, segundo quem equipara em absoluto o controle de constitucionalidade e de convencionalidade, a recusa de aplicação de leis que a Administração entende inconstitucionais ou inconvenientes poderia gerar “graves embaraços não só financeiros, mas também administrativos e até políticos.”⁹⁹⁴ Caso a declaração de inconstitucionalidade e inconveniência pudesse acontecer por conduta de outros poderes que não o Judiciário a presunção de constitucionalidade e convencionalidade das leis e atos normativos seria rompida e haveria quebra “dos alicerces do Estado de Direito, da segurança jurídica e da autonomia do Legislativo, já que esse Poder ficaria à mercê do Executivo, na exata medida em que as leis discutidas e votadas pelos parlamentares poderiam ser tranquilamente descumpridas pelo Chefe do Executivo sempre as reputasse, segundo a sua valoração pessoal ou política, como inconstitucionais.”⁹⁹⁵ E agrega-se, como inconvenientes.

A interpretação das leis segundo a Constituição e tratados de direitos humanos é competência de todos os Poderes. Mas o juízo de inconstitucionalidade estaria reservado ao Judiciário,⁹⁹⁶ sem prejuízo da mesma conclusão para o juízo de inconveniência. A regra que determina a todos os Poderes competência para guarda da Constituição (art. 23, I da Constituição) não se aplicaria.⁹⁹⁷ Pois dito comando obrigaria apenas o zelo e guarda da

⁹⁹² “Não faltariam autoridades e servidores dos mais variados níveis hierárquicos invocando a prerrogativa de descumprir leis que considerassem inconstitucionais.” (ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. *Revista CEJ*, Brasília, a. XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011. p. 8-9).

⁹⁹³ LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012. p. 156-162.

⁹⁹⁴ CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional: correntes doutrinárias. Controvérsia. *Revista Jurídica da Procuradoria Jurídica do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011. p. 15.

⁹⁹⁵ CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional: correntes doutrinárias. Controvérsia. *Revista Jurídica da Procuradoria Jurídica do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011. p. 20-21.

⁹⁹⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. *Revista CEJ*, Brasília, a. XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011. p. 9.

⁹⁹⁷ (Constituição Federal) “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.”

Constituição na medida das atribuições próprias de cada Poder, de modo que ao Executivo competiria verificar a constitucionalidade de lei apenas quando exerce o poder de veto.⁹⁹⁸ Para os críticos, não haveria razões para na estrutura constitucional brasileira assumir operação distinta para o controle de convencionalidade.

Apenas bastante excepcionalmente é que se poderia aceitar a recusa de aplicação de lei compreendida como inconstitucional ou inconveniente pelo Poder Executivo ou órgão com função administrativa. O que não se confundiria com a atribuição de uma competência para realização regular e frequente do afastamento ou invalidação de normas ou práticas. Essas situações excepcionais seriam aquelas em que presentes os seguintes requisitos, segundo a doutrina que analisa o afastamento por inconstitucionalidade: **(a)** de manifesta inconstitucionalidade, como por exemplo um vício de competência legislativo inequívoco; **(b)** em que só o Chefe do Poder Executivo teria competência para recusar a aplicação da lei, em virtude da gravidade da decisão.⁹⁹⁹ Raquel Carvalho sugere também como situação excepcional a hipótese de **(c)** grave ofensa ao interesse público, em que haja “descumprimento grosseiro e flagrante de direitos e garantias fundamentais”, em situações “esdrúxulas”, “teratológicas”, que facultariam a recusa de aplicação de normas inconstitucionais pela Administração Pública.¹⁰⁰⁰

Em qualquer caso, segundo sintetiza Flávio da Silva Andrade, o descumprimento excepcional de lei só poderia acontecer se o Chefe do Poder Executivo não tivesse tido a “oportunidade de vetar a lei reputada inconstitucional, pois, do contrário, seria incongruente recusar o cumprimento de norma que ele mesmo considerou constitucional”.¹⁰⁰¹ Quando o Chefe do Executivo não possui legitimidade para provocar controle abstrato – por exemplo, Prefeitos –, também se cogitaria excepcionalmente a possibilidade de recusar a aplicação de lei inconstitucional.¹⁰⁰² Posição essa, que, entre os autores receosos do controle de constitucionalidade pela Administração Pública, não é unânime. Para Laurentiis, por exemplo, impossibilidade de prefeitos acionarem o controle concentrado de constitucionalidade (ao STF, mas também em vários Estados da federação perante os Tribunais Estaduais) “decorre

⁹⁹⁸ COOK JUNIOR, Peter John Arrowsmith. A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 136, out./dez. 1997. p. 358.

⁹⁹⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. *Revista CEJ*, Brasília, a. XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011. p. 9-11.

¹⁰⁰⁰ CARVALHO, Raquel. Inconstitucionalidade pela Administração Pública - dificuldades e limites. 26 ago. 2019. Disponível em: <<http://raquelcarvalho.com.br/2019/08/26/inconstitucionalidade-pela-administracao-publica-dificuldades-e-limites/>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁰⁰¹ ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. *Revista CEJ*, Brasília, a. XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011. p. 10.

¹⁰⁰² ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. *Revista CEJ*, Brasília, a. XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011. p. 11.

do desígnio constitucional, não de uma diferenciação ilegítima. O silêncio do poder constituinte foi, portanto, nessa hipótese, eloquente.”¹⁰⁰³ O que, segundo o autor, não autorizaria nem a eles recusarem a aplicação de lei que reputam inconstitucional, quanto menos invalidá-las.

Ainda em situações excepcionais, a recusa do cumprimento de lei pelo Executivo só poderia acontecer, na melhor das hipóteses, até o momento em que decidida a medida cautelar dirigida ao STF ou Tribunal que realiza o controle concentrado.¹⁰⁰⁴ E ainda assim há quem discorde da solução, e defenda que a presunção de constitucionalidade dos atos normativos é tão intensa que, se no ínterim entre o protocolo do pedido cautelar e a decisão liminar a Administração Pública precisar decidir na função administrativa, deverá ainda assim aplicar a lei presumidamente constitucional.¹⁰⁰⁵ Assim seria porque, de acordo com os defensores dessa corrente interpretativa, a solução mais adequada quando a Administração Pública identifica uma suposta inconstitucionalidade seria apenas autorizar o descumprimento de lei por parte dos agentes administrativos após provocação do Poder Judiciário e eventual obtenção de medida cautelar suspensiva da lei. A Lei n. 9.868/99 prevê rito abreviado de tramitação de ações de controle concentrado com pedidos cautelares, o que impediria argumentar que a demora na apreciação judicial poderia gerar danos por aplicação de lei inconstitucional.¹⁰⁰⁶ Mais: caso o Judiciário decidida a cautelar em favor da presunção de constitucionalidade, a permanência da recusa em aplicar a lei pelo Chefe do Poder Executivo o sujeitaria a crime de responsabilidade nos termos do art. 85, VII da CF.¹⁰⁰⁷

Em apertada síntese, a presunção de constitucionalidade e convencionalidade das leis e dos atos normativos, como corolário do princípio da separação dos poderes, obrigaria considerar uma lei ou normas de hierarquia menor sempre conforme a Constituição e aos

¹⁰⁰³ LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012. p. 146.

¹⁰⁰⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. **Revista CEJ**, Brasília, a. XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011. p. 11.

¹⁰⁰⁵ Apenas em situações bastante excepcionais, segundo Campos, é se autorizaria a recusa da aplicação da lei pela Administração Pública: a) erro grosseiro; e b) manifesto vício material ou formal da lei. Em ambas as situações de recusa de aplicação, segundo o autor, só podem acontecer se já há ação de controle concentrada ajuizada e no espaço de tempo entre a propositura e a decisão da medida cautelar. (CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional: correntes doutrinárias. Controvérsia. **Revista Jurídica da Procuradoria Jurídica do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011. p. 24-29).

¹⁰⁰⁶ CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional: correntes doutrinárias. Controvérsia. **Revista Jurídica da Procuradoria Jurídica do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011. p. 23-24.

¹⁰⁰⁷ (Constituição Federal) “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.”

tratados de direitos humanos *até que o órgão competente conforme definido na Constituição (o Judiciário)* as declare inconstitucionais ou inconvençionais. Assim seria porque “os atos legislativos são protegidos pela Constituição porque, em última análise, representam a vontade do povo.”¹⁰⁰⁸ Nessa linha, permitir de modo indiscriminado o controle de constitucionalidade ou de convencionalidade “direto pelo Poder Executivo acarretaria o amesquinçamento das funções do Poder Legislativo e a usurpação do papel do Poder Judiciário, criando-se situação de instabilidade jurídica incompatível com os fins do Estado de Direito”.¹⁰⁰⁹

(iii) A inviabilidade operacional de controle de constitucionalidade e convencionalidade pelos meios à disposição da Administração Pública: óbices formais inviabilizariam o controle de constitucionalidade e de convencionalidade pela função administrativa. Há na melhor das hipóteses dúvidas sobre qual o veículo normativo que se utilizaria para declarar uma norma inconstitucional ou inconvençional no exercício da função administrativa. Uma medida provisória (que nem todas as autoridades administrativas podem editar), em tese, não pode conformar a declaração de inconstitucionalidade e de inconvençionalidade de outra norma de igual hierarquia. E um decreto que assim fizesse inverteria a hierarquia normativa das espécies, o que seria interdito pelo art. 5º, II da Constituição.¹⁰¹⁰ No que toca o controle de convencionalidade, o argumento é replicado como óbice à extensão de competências à função administrativa, pois o controle de convencionalidade nacional seria realizado “conforme um procedimento regulado (que deve se achar previsto, para esse efeito, na lei: princípio da legalidade a propósito do procedimento). Neste mesmo âmbito de legalidade processual, é preciso atender aos pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência das ações conducentes ao exercício do controle.”¹⁰¹¹ Se não há dito procedimento regulado para a função administrativa, como não há hoje no Brasil, isso inviabilizaria a competência controladora de

¹⁰⁰⁸ CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional: correntes doutrinárias. Controvérsia. **Revista Jurídica da Procuradoria Jurídica do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011. p. 18-19.

¹⁰⁰⁹ ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. **Revista CEJ**, Brasília, a. XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011. p. 7.

¹⁰¹⁰ “Afinal, combater a inconstitucionalidade de uma norma – no caso, a lei – com edição de outra norma – o decreto –, igualmente inconstitucional, não parece ser uma estratégia coerente para reestabelecer a força normativa dos preceitos constitucionais.” (LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012. p. 150).

¹⁰¹¹ RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Mexico-DF, n. 29, p. 163-218, jul./dez., 2013. p. 211.

convencionalidade assim como seria inviável a de constitucionalidade pela Administração Pública.

A anotação, ainda que resumida daqueles três argumentos contribui para a discussão do controle de convencionalidade pela função administrativa. Eles reforçam a confusão entre os controles de constitucionalidade e convencionalidade, e demonstram que o que se sustenta como impedimento à técnica pela Administração Pública está substancialmente imaginado a partir dos estudos sobre o controle de constitucionalidade.

2.2.1.6. Síntese dos argumentos contrários

Nota-se que são muitos os argumentos contrários às competências invalidadoras da Administração Pública, alguns deles derivados das críticas ao próprio controle de convencionalidade como técnica incentivada pela Corte IDH e que já foram respondidos anteriormente.

Os argumentos vão desde o que se apega à institucionalidade tripartite de Poderes do Estado, e limita a análise às competências estanques do Poder Executivo apenas; até os que se baseiam nos argumentos de interdição de controle de constitucionalidade à função administrativa e que replicam dificuldades jurídicas e operacionais para que a função administrativa controle a convencionalidade de normas e práticas.

No próximo subcapítulo serão apresentados argumentos favoráveis ao controle de convencionalidade por qualquer agente que exerce função administrativa, contrapondo as principais críticas expostas e defendendo porque não há razão para emprego das categoriais distintas aplicadas para o controle de constitucionalidade.

2.2.2. Argumentos favoráveis ao exercício do controle de convencionalidade pela Administração Pública

O controle de convencionalidade internacional coexiste com o controle nacional, o que segundo Santofimio Gamboa é “um dever funcional de todas as autoridades e poderes dos Estados-parte.”¹⁰¹² Esse é, como visto, um mandamento da Corte IDH. É verdade, no entanto, que a falta de clareza levou a diversas interpretações acerca do seu significado, e trouxe

¹⁰¹² O autor sustenta o dever no art. 2 da CADH, eminentemente. (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos.** Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 447).

dúvidas sobre quem poderia e quem não poderia realizar controle de convencionalidade, e quais os efeitos do controle.¹⁰¹³

Diante das dúvidas, e com base em interpretação conduzida pelo princípio *pro persona*, sustenta-se nesta tese que a corrente extensiva de interpretação das competências da função administrativa para o exercício do controle de convencionalidade possui vantagens se comparada à restritiva. Abaixo serão apresentados argumentos favoráveis ao controle de convencionalidade pela função administrativa a fim de reforçar a tese de que a atribuição dessa competência aos agentes administrativos, indistintamente¹⁰¹⁴, amplia o grau de proteção aos seres humanos.

O modelo proposto nesta tese está contextualizado na ordem jurídica nacional vigente, em que não há uma norma expressa que autorize a função administrativa controlar a convencionalidade de normas, como exigem alguns.¹⁰¹⁵ Defende-se aqui que a ausência de norma expressa não é óbice à autorização para que todo órgão da Administração Pública brasileira controle a convencionalidade de normas e práticas de qualquer natureza, sempre sob o norte do critério *pro persona*.¹⁰¹⁶

2.2.2.1. O princípio da separação de Poderes do Estado não é rígido nem absoluto

O princípio da separação de poderes previsto no art. 2º da Constituição não impede o reconhecimento de competências controladoras de convencionalidade pela função administrativa.¹⁰¹⁷ Em primeiro lugar, não existe um modelo natural, típico ou obrigatório de relação entre os poderes de Estado. Conforme lição de Bacellar Filho e Hachem, o modelo político constitucional, as transformações sociais que mudam formal e informalmente o sentido das normas constitucionais, o contexto e as exigências históricas alteram caso a caso a

¹⁰¹³ DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 59.

¹⁰¹⁴ Sem restrição ao controle por órgãos hierárquicos, supostamente dotados de alguma missão especial ou considerados mais importante no Estado brasileiro.

¹⁰¹⁵ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad y la Administración Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 668-669.

¹⁰¹⁶ “O conjunto normativo formado pela constitucional nacional e pela Convenção permite a mutação constitucional através da interpretação evolutiva que considera mudanças morais e políticas e a influência que estas podem produzir sobre o significado da lei, sem que ocorram mudanças formais no seu texto necessariamente.” (LEAL, Mônia Clarissa Henning; HOFFMANN, Grégora Beatriz. O constitucionalismo transformador e o ‘diálogo inevitável’: a influência do *ius constitucionale commune* na consolidação do Estado de Direito na América Latina. **Revista Argumentum**, Marília, v. 22, n. 2, p. 507-528, maio-ago. 2021. p. 518).

¹⁰¹⁷ (Constituição Federal) “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

forma de relação entre os Poderes e funções de Estado.¹⁰¹⁸ O sentido das normas da Constituição não é imutável. A separação de poderes não é rígida nem atemporal. Não há um momento constitucional como um ponto no tempo repleto da racionalidade extraordinária e unidirecional a partir dali. Pelo contrário, “constituição é uma narrativa em andamento constantemente entrelaçando uma diversidade de perspectivas, preocupações e imaginações em curso.”¹⁰¹⁹ Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo destaca a atuação estatal em favor do ser humano e do meio ambiente que habita, admitindo-se a articulação entre as funções estatais em prol da máxima efetividade dos direitos humanos e fundamentais.¹⁰²⁰

Não existe primazia controladora de normas ou interpretativa da Constituição pelo Judiciário em todos os lugares e tempos¹⁰²¹, pois mesmo suas decisões só são efetivas e cumpridas caso haja legitimidade e equilíbrio constitucional contextual que o permita.¹⁰²² O que fizeram o constitucionalismo liberal e os teóricos da separação de poderes foi esconder essa tensão de que participa o Judiciário¹⁰²³, embora ele esteja também imbricado no conflito constitucional.¹⁰²⁴

¹⁰¹⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. Ópera Prima de Derecho Administrativo - **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, México D.F., n. 10, p. 59-114, 2011; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público**, v. 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011.

¹⁰¹⁹ DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A.. On the limits of constitutional liberalism: in search of constitutional reflexivity. In: DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A. (Eds.). **Constitutionalism Beyond Liberalism**. Cambridge University Press, 2016. p. 25.

¹⁰²⁰ “(...) força concluir que no Estado Constitucional contemporâneo abandona-se a separação absoluta entre os Poderes de Estado, admitindo-se o balanceamento entre eles através de seu controle recíproco, como forma de assegurar não apenas os direitos fundamentais de abstenção da Administração, mas também os direitos que exigem prestações positivas.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. Ópera Prima de Derecho Administrativo - **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, México D.F., n. 10, p. 59-114, 2011. p. 74-75).

¹⁰²¹ O princípio da separação de poderes não interdita ou obriga, abstratamente, o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário. Como lembra Eduardo Jordão, em nenhum sistema que adotou a separação de poderes como norma houve uma “perfeita e imaculada fragmentação dos Poderes do Estado, nem atribuição das atividades típicas de cada Poder exclusivamente a ele.” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 622).

¹⁰²² DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A.. On the limits of constitutional liberalism: in search of constitutional reflexivity. In: DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A. (Eds.). **Constitutionalism Beyond Liberalism**. Cambridge University Press, 2016. p. 26.

¹⁰²³ O mito envolto ao judiciário depende sobretudo da estabilidade das instituições. Bandieri disserta sobre a importância do controle de convencionalidade para assegurar os direitos humanos, mas também é bastante realista quando lembra sobre a posição cambaleante do Poder Judiciário em certos contextos próximos ao estado de exceção ou já nele insertos, na medida “as instituições judiciais não servem para evitar os atos de força, sejam assembleários, de forças militares ou de irregularidades se façam com o poder. Menos ainda, resultam no tipo de instituições que não podem resistir ao terror. Quando aparece, ou bem os tribunais se dobram a ele, ou bem rapidamente sofrem intervenção: o Direito não pode dar proteção quando está suspenso.” (BANDIERI, Luis

É inegável a função jurisdicional é vocacionada à solução de conflitos mediante oitiva de todas as partes envolvidas, “e não só a parte que reclama ter sido maltratada.”¹⁰²⁵ O sistema processual judicial é formatado para compatibilizar as necessárias correções das decisões políticas sem necessariamente anular a autoridade dos demais Poderes. Por exemplo, pode anular uma decisão sem impor um caminho único para que o Legislativo ou Executivo resolvam o conflito. Entretanto, não é possível ignorar as tensões provocadas pelo modelo de revisão judicial nas democracias deliberativas. Entre as deficiências estão aquelas registradas por Gargarella, como: **(a)** a baixa legitimidade democrática dos juízes ao impor suas próprias posições frente àquelas decididas pelo povo; **(b)** um possível elitismo intelectual dos poucos magistrados responsáveis pela decisão controladora expressada pelo conjunto do povo; **(c)** a característica de definitividade das decisões judiciais, propensas à estabilidade e que ao revés da democracia deliberativa não aceita o debate “aberto e constante”; **(d)** a inviabilidade prática de um diálogo entre Poderes de Estado ou entre Poder Judiciário ou povo, quando o sistema constitucional atribui autoridade final e máxima à decisão dos tribunais.¹⁰²⁶

Diante disso, é preciso desmistificar o Judiciário em todos os sentidos.¹⁰²⁷ Não deve haver prerrogativa do Judiciário na interpretação e invalidação das normas. Mesmo o juiz constitucional, “poderá ser o intérprete mais importante, mas não o único.”¹⁰²⁸ O Poder Judiciário é “guardião do direito, mas não o senhor do direito.”¹⁰²⁹ Além dos questionamentos sobre a legitimidade decisória de seus membros¹⁰³⁰, não necessariamente a melhor decisão,

Maria. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas. **Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez.** Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Octubre, 2013. p. 12).

¹⁰²⁴ DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A.. On the limits of constitutional liberalism: in search of constitutional reflexivity. In: DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A. (Eds.). **Constitutionalism Beyond Liberalism.** Cambridge University Press, 2016. p. 26-27.

¹⁰²⁵ GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, n. 28, p. 9-32, jul./dez. 2006. p. 21.

¹⁰²⁶ GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, n. 28, p. 9-32, jul./dez. 2006. p. 21-28.

¹⁰²⁷ REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **Democratização do Poder Judiciário no Brasil.** São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 294.

¹⁰²⁸ MARTÍNEZ, Augusto Durán. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. p. 119.

¹⁰²⁹ “A atual concepção de direito converteu o juiz de direitos humanos no homem mais poderoso do mundo. Mas não deixa de ser homem, motivo pelo qual carece de poderes ilimitados.” (MARTÍNEZ, Augusto Durán. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. p. 119-220).

¹⁰³⁰ “Noutras palavras, a legitimidade do Judiciário exige que se compatibilize democracia, pluralismo e cidadania no poder, o que não se encontra bem resolvido na jurisdição constitucional brasileira, dada a discutível legitimidade de origem na investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal. Mas não é apenas o déficit de legitimidade na origem que se verifica como obstáculo à legitimação da jurisdição constitucional no Brasil. Sua legitimidade de exercício também não está resolvida, dada a ausência de uma maior e concreta participação

nem a mais correta, vem do Judiciário.¹⁰³¹ De outro lado, assim como a atuação dos órgãos dos demais poderes, o Poder Judiciário não é livre de contradições e seus membros não são isentos de falhas.¹⁰³² Marcelo Semer traça, a partir de exemplos concretos e fatos históricos, “a falta de democracia nos tribunais, a desigualdade que marca cada escaninho do poder, o rigorismo punitivo que fez dos juízes corresponsáveis pelo grande encarceramento, os excessos do corporativismo que esvaziavam o veio republicano.”¹⁰³³ Nem mesmo a independência judicial pode servir como obstáculo ao controle de convencionalidade paralelo por outras funções estatais que não a jurisdicional. Defender, por exemplo, a independência do Judiciário como dogma ou ponto nevrálgico do constitucionalismo pode por vezes significar somente a defesa de um fracassado *status quo*.¹⁰³⁴

Do ponto de vista histórico a reserva de competência invalidadora de normas ao Judiciário brasileiro se explica pela influência estadunidense, não só, mas principalmente a partir da Proclamação da República. O Brasil foi influenciado pela interpretação norte-americana da separação de poderes, em que o *judicial review* prioriza a supremacia judicial no esquema de divisão de funções.¹⁰³⁵ A doutrina moderna da separação de poderes ou funções, hoje hegemônica no ocidente, foi desenvolvida com primor pelo constitucionalismo europeu e norte-americano entre os séculos XVIII e XIX.¹⁰³⁶

Maurizio Fioravanti identifica em esquema de tipos ideais na Revolução Francesa o estabelecimento de uma forma de Estado que conta, até hoje, com divisão de funções. A partir de 1789 surge uma nova forma de Estado, o de Direito, em que a lei é produto soberano da

popular nos processos decisórios e a crescente atuação do STF em algumas esferas de competências próprias do Legislativo e do Executivo.” (MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 146).

¹⁰³¹ Com apoio da imprensa, os juízes se colocam como superiores e autolegitimam suas tarefas. “Há um misto de messianismo e moralismo na assunção de muitas tarefas pelos juízes, sobretudo a compreensão de que os equívocos das políticas públicas seriam decorrentes de perversões morais dos próprios administradores, e que as providências seriam mesmo melhor adequadas às decisões judiciais.” (SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça: Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 28).

¹⁰³² “Em última instância, trata-se de afirmar uma nova frente de batalha contra o papel assumido pelo Judiciário como *alter ego* da sociedade. Afinal de contas, acredita-se que a aura de incorruptibilidade conferida às cortes (em detrimento das demais esferas de poder) acaba por intensificar o processo de esvaziamento e de demonização da política e do político. Ao fim e ao cabo, a própria democracia é quem está sob ataque e precisa ser reabilitada.” (BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 11, a. 1, p. 223-256, jan./jun. 2015. p. 255-256).

¹⁰³³ SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça: Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 17.

¹⁰³⁴ “A independência judicial *deve* ser minada quando ela reproduz as falhas das elites políticas em cumprir as promessas do constitucionalismo (...)” (TUSHNET, Mark. Varieties of populism. **German Law Journal**, v. 20, n. 129, p. 382–389, 2019. p. 385).

¹⁰³⁵ MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 166.

¹⁰³⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 16.

vontade da nação e deve ser aplicada de modo mecânico e uniforme. O protagonismo passa a ser do Legislativo, que conta com o novo sujeito Administração Pública para representar o Estado e executar vontade dos cidadãos prevista na lei. Pela primeira vez há uma separação das funções executivas e judiciárias. O Estado de direito é a forma política de Estado dominante na Europa durante todo o século XIX até a metade do século XX. São dotados de constituições do tipo liberal, acompanhadas de códigos civis, penais e de processo e de um Direito Administrativo extravagante para a Administração Pública em posição de autoridade e superioridade.¹⁰³⁷ Na intrínseca relação entre capitalismo e Estado a preservação da ordem econômica esteve atrelada à preservação do Estado dentro do que se chamou de “razão do Estado”, em cujas sucessivas decretações de estado de exceção estavam fundamentadas. Depois, no tempo das revoluções burguesas, a união do liberalismo econômico com o constitucionalismo liberal visou limitar o – ameaçador – poder constituinte do povo.¹⁰³⁸ O papel dos Federalistas norte-americanos, nessa interpretação, teria sido utilizar “retoricamente os argumentos democráticos e populares para justificarem seu sistema aristocrático.”¹⁰³⁹ Preservaram, assim, a propriedade e a riqueza nas mãos dos mesmos sujeitos que as detinham antes de 1787, de forma que, o que “deu sentido à concepção americana de constituição não foi sua fundamentalidade ou sua suposta criação pelo povo, mas sua implementação pelos tribunais.”¹⁰⁴⁰ Uma teoria de separação de poderes particular e diferente da concepção francesa¹⁰⁴¹ se explicava, portanto, no nascente constitucionalismo estadunidense.¹⁰⁴²

¹⁰³⁷ FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado Moderno en Europa**: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43. p. 24-27.

¹⁰³⁸ “O constitucionalismo nasceu contra o poder constituinte, buscando limitá-lo. A separação dos poderes, por exemplo, foi pensada menos para impedir a usurpação do poder executivo do que para barrar as reivindicações das massas populares.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 44-45).

¹⁰³⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 128.

¹⁰⁴⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 128-134.

¹⁰⁴¹ No modelo de Estado de Direito liberal que seguiu à revolução francesa a divisão de funções era bastante peculiar do período. A soberania da lei era absoluta, a ponto de encerrar o poder constituinte do povo em assembleia nela mesma e inclusive a ponto de negar a própria possibilidade que uma lei produzida pelo legislativo negue a constituição. “Como sabemos, no tipo histórico liberal, dominante na época dos Estados nacionais de direito, não por acaso é desconhecido, e inclusive claramente rechaçado, o controle de constitucionalidade das leis do Estado.” Foi só a partir da segunda metade do século XX que o Estado Constitucional se assenta na Europa e a soberania da lei dá lugar à soberania da Constituição. (FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado Moderno en Europa**: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43. p. 28/36).

¹⁰⁴² “Nos Estados Unidos, conforme se aprofundará em outro texto, o controle [de constitucionalidade das leis] se revelou a solução institucional mais adequada ao momento político pós-revolucionário, no qual o Poder Legislativo dos Estados foi compreendido, segundo os próprios atores políticos da época, como fonte de ilegitimidade e de ameaça a garantias fundamentais, pondo em risco a própria independência recém-conquistada pelos Estados Unidos e sua organização federal.” (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial

Nesse contexto histórico é que os primeiros intérpretes do controle de constitucionalidade (que muito serviu de inspiração ao controle de convencionalidade) reservavam dita atribuição ao Poder Judiciário. Laurentiis cita nesse sentido o caso *Marbury vs. Madison* (1803), e no Direito brasileiro, as lições de Ruy Barbosa e Alfredo Buzaid. O conjunto teórico daí extraído outorgou uma visão singular da harmonia entre os Poderes que, embora não unânime na doutrina¹⁰⁴³, excluiu o controle de constitucionalidade do Legislativo e do Executivo.¹⁰⁴⁴ E que, pelas mesmas razões, exclui hoje o controle de convencionalidade nacional à função administrativa, conforme visto no subcapítulo anterior.

O controle de constitucionalidade invalidador não é inteiramente uma criação inovadora do precedente *Marbury vs. Madison*¹⁰⁴⁵, uma vez que já fora observado em outras paisagens jurídicas e tempos históricos.¹⁰⁴⁶ Cléve rastreia precedentes norte-americanos anteriores a 1803 que já atestavam a supremacia da Constituição e declaravam, judicialmente,

review: o mito de *Marbury*. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 129).

¹⁰⁴³ Juarez Freitas defende, com reserva e comedimento, que órgãos administrativos no exercício de sua função típica afastem leis inconstitucionais, pois a todos cabe a guarda da Constituição (art. 23, I da CF). O autor não exclui, todavia, o controle judicial daquelas manifestações da função administrativa. Cf. FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010.

¹⁰⁴⁴ LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012. p. 136-137.

¹⁰⁴⁵ Para uma síntese das razões históricas da doutrina do controle judicial de leis, e para as explicações de sua origem nos tempos da colônia inglesa na América, muito antes do caso *Marbury vs. Madison*, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial Review in comparative perspective*. **California Law Review**, n. 5, v. 58, p. 1017-1053, out. 1970. Para uma análise histórica do caso em si, cf. CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. *Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política*. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019.

¹⁰⁴⁶ Marcelo Casseb Continentino revisa bibliografia crítica norte-americana e aponta vários casos judiciais estadunidenses que no século XVIII, antes de *Marbury vs. Madison*, já se utilizam da linguagem e metodologia próprias do *judicial review*, ponto de virada do constitucionalismo americano em relação ao princípio da soberania do parlamento da ex-colônia inglesa (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do judicial review: o mito de Marbury*. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016). No mesmo sentido crítico, Mac-Gregor, segundo quem o princípio da supremacia da Constituição e do controle judicial com base nela se origina na Inglaterra antes de *Marbury vs. Madison*, no caso de Thomas Bonham julgado pelo juiz Edward Coke em 1610. No caso, uma lei foi afastada por contrastar com os princípios do *Common Law*, acima das leis. O autor reconhece, entretanto, também na Constituição Americana de 1787 a inovação ao incorporar em texto escrito a primazia das normas constitucionais, mais tarde consagrada em *Marbury vs. Madison* em 1803 (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*. **Urbe et Ius - Revista de Opinión Jurídica**, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013. p. 27-29). Já o controle de constitucionalidade concentrado, segundo Hernández-Mendible, tem origem na Venezuela no século XIX, também antes do caso *Marbury vs. Madison*. Segundo o autor, a Constituição venezuelana de 1811 consagrou um controle implícito de constitucionalidade. A Constituição de 1858, um controle expresso de constitucionalidade de leis das províncias. A Constituição de 1864 um controle também expresso de constitucionalidade pelo Poder Judiciário de atos dos Poderes Legislativo e Executivo que violassem direitos e recusassem o federalismo. Embora seja na Europa e no século XX que tenha adquirido reputação e se desenvolvimento. (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. *El control de convencionalidad como expresión de control de constitucionalidad: originalidade y desaciertos*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-138, set./dez. 2015. p. 139-149).

nulidade de leis contrárias à norma fundamental. Apesar disso, com razão conclui que foi no caso *Marbury vs. Madison* que a técnica de “*judicial review*” foi definitivamente incorporada ao direito constitucional americano¹⁰⁴⁷, o que foi suficiente para apontá-lo como o caso paradigma de justificação de prerrogativas judiciais que remontam, supostamente, à época de redação da Constituição dos Estados Unidos da América.

A doutrina originalista da interpretação constitucional norte-americana fundamenta as competências invalidadoras reservadas Judiciário até os dias de hoje, as mesmas utilizadas para negar o controle de convencionalidade a outras funções, sob a premissa de que o Executivo está sempre a um passo de concentrar e abusar de seus poderes contra o povo que o legitima. Mas essa, é importante pontuar, é uma ideia que mesmo perante os estudiosos norte-americanos é contestada. Sustain e Vermeule refutam os argumentos da doutrina originalista norte-americana de uma interpretação histórica da separação de poderes na Constituição Norte-Americana em direção à proibição da delegação à Administração Pública de decisões sobre leis e direitos que caberiam apenas ao Poder Legislativo. Os autores descredibilizam o argumento histórico como ideológico. Alegam que o Direito Administrativo e a Constituição dos EUA passam ao largo daquele temor, e que “os membros da geração fundadora queriam um governo nacional forte, não fraco.”¹⁰⁴⁸ Para Sustain e Vermeule, a partir de sua leitura dos escritos de James Madison no “Federalista n. 41”, os *founding fathers* estavam sobretudo preocupados com o risco do *Legislativo* protagonizar e concentrar poderes, e também com o risco do *Judiciário* tornar-se irresponsável diante daquela concentração. Segundo eles, a doutrina da não delegação é uma construção judicial desenvolvida entre o final do século XIX e ao longo do século XX, que não tinha respaldo com as intenções dos constituintes do século XVIII. Assim, a conclusão a que chegam é que, hoje especialmente, “a Constituição e o Estado Administrativo tentam canalizar e restringir, em vez de eliminar ou minimizar, a discricionariedade executiva.”¹⁰⁴⁹ Pois para os objetivos constitucionais é inócua qualquer limitação exagerada do Executivo que inviabilize suas atribuições, especialmente quando acompanhada no plano prático do “aumento do arbítrio judicial, permitindo que os valores políticos dos juízes desempenhem um papel significativo”¹⁰⁵⁰ na política e na sociedade.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁷ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 68.

¹⁰⁴⁸ SUSTAIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 37-41.

¹⁰⁴⁹ SUSTAIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 42-43/154.

¹⁰⁵⁰ SUSTAIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 58.

Portanto, mesmo na ordem jurídica estadunidense que serviu e serve de inspiração para a teoria da divisão de funções brasileira, a leitura mais condizente da separação dos Poderes com o propósito dos fundadores estaria de fato sedimentada na preocupação em limitar a Administração, pois sabiam que um Poder Executivo forte poderia facilmente também abusar de suas prerrogativas. Mas também estaria sedimentada na *preocupação de empoderá-la para dar conta de suas missões*.¹⁰⁵²

Entretanto, ainda que o fundamento para a separação de Poderes do Estado na sua origem liberal fosse ressaltado, dando destaque para proteção das liberdades diante de um Executivo que, caso concentrasse suas funções, terminaria por privar o particular de seus direitos naturais,¹⁰⁵³ esse mesmo fundamento, hoje, pode ser utilizado para relativizar essa noção clássica ou critério subjetivo de separação de poderes: para proteger os direitos humanos dos indivíduos, inclusive contra o Estado, pode o próprio Estado relativizar o esquema constitucional rígido de separação de funções para autorizar todas elas a afastar normas inconvenientes menos protetivas do indivíduo.¹⁰⁵⁴ No século XXI, a atuação da Administração Pública brasileira não pode mais se limitar a simplesmente executar cegamente a lei, porque cabe a ela “conduzir processos complexos de decisão e atuação, em situações em que lhe caberá, mais que dizer o Direito no caso concreto, dirigir procedimentos públicos de balanceamento de múltiplos e contrastantes interesses, todos juridicamente relevantes.”¹⁰⁵⁵

Sem renegar a utilidade do Direito comparado, mas bem compreendendo-o para não se filiar cegamente a realidades forâneas¹⁰⁵⁶, o relevante é sempre analisar o controle entre

¹⁰⁵¹ Para Sustain e Vermeule, “os Tribunais não devem entender o artigo I, seção 1, da Constituição para exigir que o Congresso legisle com especificidade, limitando drasticamente a discricionariedade dos administradores.” Ou seja, na leitura dos autores a doutrina da não delegação não é a melhor interpretação da Constituição dos EUA, e o Congresso pode delegar certas atribuições concretas à Administração Pública para que ela decida a melhor maneira de atingir o interesse público. (SUSTAIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 155).

¹⁰⁵² SUSTAIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 41-42.

¹⁰⁵³ “O fito da separação de poderes, antes de tudo, era criar condições institucionais de respeito das esferas individuais (...)” (ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 17).

¹⁰⁵⁴ “A separação de poderes sofreu considerável mudança com o novo constitucionalismo pautado, entre outras características, pelo primado dos direitos fundamentais, de forma que permaneceu o sentido original da limitação ao poder, embora não como um fim em si mesmo ou como uma luz para o brilho da lei. Ao contrário, a dimensão instrumental do princípio deve prevalecer com esteio para a realização dos direitos fundamentais e dos objetivos de cada Estado. Isto exige que as concepções originais do princípio sejam confrontadas com o ordenamento de cada Estado, não mais prevalecendo como valor dogmático e receita universal.” (MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 57).

¹⁰⁵⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da lei federal de processo administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. (Coord.). **Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da lei federal de processo administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 56.

¹⁰⁵⁶ Cf. LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

Poderes em uma dada jurisdição.¹⁰⁵⁷ Assim, sob a óptica da Constituição de 1988 interpretada a partir da realidade nacional e internacional contemporânea, Bacellar Filho e Hachem são categóricos ao afirmar que “o critério para autorizar a interferência de um dos Poderes da República na esfera de atuação de outro reside na *proteção dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais fundamentais* (tais como a democracia e a dignidade da pessoa humana), que consagram o cerne da ordem jurídico-constitucional brasileira.”¹⁰⁵⁸ Sem deslegitimar ou negar o papel do Poder Judiciário no controle jurisdicional da Administração Pública, inclusive no controle de suas decisões sobre a inconveniência de normas, a norma de separação de poderes ou funções do art. 2º da CF de 1988 precisa ser lida a fim de reconhecer as competências invalidadoras e supletivas paralelas da função administrativa¹⁰⁵⁹ em matéria de direitos humanos. Os Poderes são independentes, mas também são harmônicos entre si. Dita harmônica é garantida mediante a intervenção, equilibrada, de um Poder sobre o outro.¹⁰⁶⁰ O que por exemplo fundamenta a possibilidade de recusa por parte de autoridade administrativa de lei inconveniente, ou recusa de cumprimento de sentença judicial interna contrária às sentenças condenatórias da Corte IDH, como se detalhará no capítulo 3.

O fato de ser mais comum que o Judiciário intervenha para conter os excessos do Legislativo e Executivo não anula a viabilidade de que esses últimos atuem para conter os excessos do Judiciário também – o que em matéria de direitos humanos significa antes cumprir o art. 2º da Constituição do que violá-lo. Nessa perspectiva de releitura, deve-se sobretudo abandonar como fundamento o apego a teorias rígidas sobre os mitos fundadores de

¹⁰⁵⁷ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 622.

¹⁰⁵⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. Ópera Prima de Derecho Administrativo - **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, México D.F., n. 10, p. 59-114, 2011. p. 108-109.

¹⁰⁵⁹ “O sistema de separação de poderes no Brasil precisa, então, sofrer profundas alterações, distanciando-se de sua tradição de apego às instituições norte-americanas, para aproximar-se de outras experiências que mais prestigiam a soberania popular, como as Cortes Constitucionais europeias, o sistema de controle de constitucionalidade francês, ou ainda melhor: (re)criar a própria sistemática de separação de poderes e de poder constituinte, tendo em vista a sua peculiaridade de um Estado ainda situado na periferia do capitalismo.” A reinterpretação da teoria da separação de poderes não justifica, todavia, erradicar “a legitimidade e a titularidade do Judiciário na tarefa de concretização dos princípios e direitos fundamentais. Especialmente na realidade de países cujas instituições democráticas ainda são frágeis, como ocorre no Brasil, em que o desrespeito à Constituição e a omissão quanto à efetivação os direitos sociais são frequentes, tanto por parte do Executivo como do Legislativo”. (MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário**: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente? Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 167/221-222).

¹⁰⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. Ópera Prima de Derecho Administrativo - **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, México D.F., n. 10, p. 59-114, 2011. p. 74.

outras paragens, que sub-repticiamente visam fortalecimento institucional injustificado de um poder de Estado sobre o outro¹⁰⁶¹ sem cuidar para a finalidade das instituições nacionais.

No desenvolvimento do *judicial review*, o modelo de controle normativo chamado por Juarez Freitas de “fixista”, que só enxerga no Judiciário primazia de controle legal (de constitucionalidade, conforme referência do autor), é ultrapassado.¹⁰⁶² Na defesa da Constituição não há protagonistas nem quem seja superior, pois o desiderato é comum a todas as funções de Estado.¹⁰⁶³ Excepcional e cautelosamente, é dever do administrador público garantir os direitos fundamentais constitucionais de aplicabilidade imediata por recusa de aplicação de normas, inclusive leis, que entenda inconstitucionais.¹⁰⁶⁴ O mesmo pode-se dizer em relação aos tratados de direitos humanos.

Nesse âmbito, a autenticidade da doutrina do controle de convencionalidade, estimulada pela Corte IDH a todas as autoridades públicas, de quaisquer funções estatais, merece ser analisada com seriedade e em sua máxima extensão. O juízo de sua conveniência não pode ser formulado apenas mediante comparação com outros sistemas alheios às preocupações históricas e jurídicas da Corte IDH para com os problemas sensíveis dos países do SIDH.

Portanto, a teoria da separação de funções estatais é mutável, se ajusta às necessidades e rechaça as adversidades dos tempos, o que parece estar implícito na jurisprudência da Corte IDH. Desde o Caso Gelman a Corte IDH conclama a todas as autoridades administrativas, nos limites de sua competência, a realizarem controle de convencionalidade nacional. O que inclui a interpretação convencionalmente adequada como um primeiro passo – a fim de preservar a presunção de convencionalidade das normas –, mas

¹⁰⁶¹ “(...) é preciso ter em mente que a sedimentação de mitos, como *Marbury*, serve política e retoricamente para legitimar certas narrativas históricas, na mesma medida em que se abre mão da análise crítica e da possibilidade de pensar novas oportunidades e respostas institucionais aos problemas enfrentados no presente. Assim como defender a mitologia de *Marbury* ajuda a fundamentar uma agenda política em que o Judiciário sai fortalecido, defender mitos fundacionais na história constitucional brasileira – e um deles inegavelmente é o que ronda Rui Barbosa e o controle judicial brasileiro – serve a uma pauta discursiva específica de fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo.” (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 129).

¹⁰⁶² FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 222.

¹⁰⁶³ FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 232.

¹⁰⁶⁴ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 396.

que permite a não aplicação/declaração de inconvencionalidade quando a interpretação não der conta de compatibilizar a norma interna com os tratados de direitos humanos.¹⁰⁶⁵

2.2.2.2. A Corte IDH tem legitimidade para interpretar a CADH e identificar competências para a função administrativa

Segundo a hermenêutica do DIDH são aceitáveis nessa matéria competências controladoras extensivas à Administração Pública. É dever de todo tribunal ou órgão administrativo (inclusive colegiado) deixar de aplicar normas inconvencionais,¹⁰⁶⁶ independentemente da previsão normativa expressa nos ordenamentos jurídicos integrantes do SIDH.

Mas como visto anteriormente, um dos argumentos mais trabalhados contra o controle de convencionalidade pela Administração Pública é a falta de competência expressa no ordenamento jurídico. Para os críticos, somente se a Constituição ou as leis, ou o próprio tratado de direitos humanos, previssem a técnica de modo inequívoco, permitindo-lhe à função administrativa, é que esta poderia utilizá-la.

Porém o argumento ignora a possibilidade de a competência invalidadora de normas ser produto de uma inovação jurisprudencial, ainda que racionalmente construída. A negação de que o controle de convencionalidade não pode ser admitido por falta de previsão normativa expressa não se sustenta.

Ele sequer é exigido para a técnica do controle de constitucionalidade difuso. Comparativamente, o controle de constitucionalidade como prerrogativa do Poder Judiciário na própria história norte-americana é reconhecidamente uma construção jurisprudencial sem respaldo em competência expressa em texto.¹⁰⁶⁷ Não há na Constituição estadunidense uma reserva jurisdicional de controle de constitucionalidade de leis pelo Judiciário.¹⁰⁶⁸ Mesmo os que atribuem um papel inovador ao caso *Marbury vs. Madison* reconhecem igualmente que

¹⁰⁶⁵ RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 184/188.

¹⁰⁶⁶ SALAZAR, Elard R. Bolaños. Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa? **Administración Pública & Control**, n. 27, p. 66-72, mar. 2016. p. 71.

¹⁰⁶⁷ “Embora a Constituição americana não contemplasse expressamente o controle de constitucionalidade, de algum modo já ‘o prenunciava’. A competência dos juízes encontrava-se latente no Texto Constitucional. Bastava um trabalho jurisprudencial adequado para afirmá-la, o que o Judiciário americano soube, no momento apropriado, fazer.” (CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 69).

¹⁰⁶⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de *Marbury*. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 117.

não havia, como não há, previsão de competência expressa para o Judiciário invalidar normas soberanamente editadas por representantes eleitos do povo.¹⁰⁶⁹

Apesar disso, a falta da previsão sobre o *judicial review* na Constituição Americana não impediu a criação da doutrina e a consolidação ao longo do tempo da noção de que aos tribunais cabe invalidar normas inconstitucionais.¹⁰⁷⁰ Por que então que para o controle de convencionalidade há de se exigir competência expressa no ordenamento jurídico, seja para o Judiciário, seja para qualquer outro órgão estatal realizá-lo?

Como destaca Continentino, o *judicial review* hoje consagrado até mesmo no Brasil foi justificado como criação jurisprudencial nos Estados Unidos a partir de um “contexto de profunda mudança ideológica, política e institucional, que deu ensejo à alteração da própria concepção do funcionamento estrutural do governo e do direito. Esse novo paradigma criou condições para a ressignificação do princípio da separação dos poderes, justificando do ponto de vista política e de uma teoria de legitimidade, o *judicial review*.”¹⁰⁷¹ Em analogia, é o que se passa estruturalmente no ordenamento jurídico brasileiro contemporaneamente, e que é justificado pela primazia que detêm os direitos humanos e o princípio *pro persona* que lhes acompanham em sua aplicação.

O contexto político e jurídico clama pela elevação de normas mais protetivas ao ser humano e ao meio ambiente, ainda que o momento atual seja de inexistência dos detalhes do mecanismo de operacionalização da técnica que prioriza aqueles direitos, pois ainda em construção.¹⁰⁷² A criatividade da Corte IDH tem respaldo na lógica da ratificação dos tratados de direitos humanos pelos Estados e nas normas da CADH, que se não fosse o controle de

¹⁰⁶⁹ “A verificação da constitucionalidade dos atos da legislatura e da administração é uma prerrogativa do Poder Judiciário. Esta ideia, criação original do direito norte-americano, não resultou da interpretação de uma regra jurídica, inserida na Constituição dos Estados Unidos. Foi uma magnífica construção da jurisprudência, cujo marco inicial tem sua origem na decisão do famoso caso *Marbury vs. Madison*, relatado pelo juiz Marshall. O fundamento desta doutrina assenta no direito, que o povo possui originariamente, de estabelecer para o seu futuro governo, princípios fundamentais, reunidos e compendiados numa Constituição escrita. Este é o pacto, que estrutura a organização do Estado, define os poderes políticos e confere as atribuições administrativas, legislativas e judiciárias.” (BUZÁID, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 62, n. 2, p. 37-62, 1966. p. 56).

¹⁰⁷⁰ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 64.

¹⁰⁷¹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 118.

¹⁰⁷² “(...) a desconstrução do mito de Marbury faz crer que o judicial review não constitui premissa necessária a ser imposta a toda comunidade política que se regule por uma Constituição. Tal prática surge como resposta concreta, embora nem sempre muito bem articulada ou planejada, a questões contextuais políticas e institucionais, as quais tendem a mostrar que o judicial review configura mais propriamente uma estrutura institucional contingente, ainda que de longa duração. (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 129).

convencionalidade poderiam ser descumpridas ao bel prazer dos signatários. Os tratados de direitos humanos, como afirmado pela Corte IDH, não são declarações belas e solenes apenas. Como se verá abaixo, eles contêm “obrigações de resultado.” Segundo a Corte IDH, o “comportamento estatal deve orientar-se em busca do *resultado* buscado pela aplicação da normativa internacional de proteção de direitos humanos.”¹⁰⁷³

Respeitada a soberania estatal para regular *os contornos* da técnica no âmbito de cada ordenamento jurídico, há o compartilhamento de uma mesma realidade continental e proximidades históricas que admitem a expansão de uma doutrina comum a todos os países do SIDH. As nações latino-americanas sujeitas à competência da Corte IDH contam com semelhanças que justificam a utilização de uma doutrina evolutiva da CADH adaptada às realidade similares: um histórico similar no que diz respeito aos regimes ditatoriais, um Poder Executivo forte de sistema presidencialista, constituições analíticas, aumento da independência do Judiciário, ampliação da participação popular nas democracias, disposição para a integração econômica e política regional, e, finalmente, abertura constitucional ao DIDH.¹⁰⁷⁴

2.2.2.3. *O controle de convencionalidade pela função administrativa atende ao desejado efeito útil dos tratados*

Não se pode olvidar a juridicidade do renovado princípio da efetividade do DIDH, que obriga ao Estado “proporcionar a mais ampla, realista e efetiva proteção ao indivíduo”.¹⁰⁷⁵ Já não é bastante acreditar na boa vontade soberana dos Estados na arena internacional para efetivação dos direitos humanos,¹⁰⁷⁶ motivo também pelo qual a doutrina defensora do controle de convencionalidade nacional por todos os órgãos de Estado busca

¹⁰⁷³ CORTE IDH. Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru. Sentença de 30 nov. 2007. § 18.

¹⁰⁷⁴ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. El diálogo jurisdiccional sobre derechos humanos y el surgimiento de la red internacional de cortes constitucionales. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Arcaro (Org.). **Diálogo entre Cortes**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2016. p. 272-313. p. 305-306.

¹⁰⁷⁵ LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 25.

¹⁰⁷⁶ “Na área dos direitos humanos, o regime dos tratados é notoriamente fraco, e os governos nacionais, por razões econômicas ou de *realpolitik*, frequentemente hesitam declarar abertamente que outro governo se engajou em abusos. Em uma área como essa (...), as melhores estratégias de adesão podem não ser as estratégias de gestão de regime ‘horizontais’ [entre Estados], mas, ao invés disso, estratégias verticais de interação, interpretação e internalização.” (KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? **The Yale Law Journal**, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2655-2656).

uma interpretação diferente do chamado efeito útil dos tratados, direcionada ao incremento e efetividade dos direitos humanos.¹⁰⁷⁷

A doutrina do controle de convencionalidade altera conscientemente o sentido daquilo que historicamente se denominou *effect utile*, para que um tratado de direitos humanos possa ser compreendido inteiramente como um documento apto a provocar verdadeiros efeitos no plano da realidade¹⁰⁷⁸, apesar da renitência estatal ou de argumentos baseados nas limitações e divisões internas de competências. Inclusive, a abertura do Direito Administrativo às regulações normativas internacionais é uma realidade inserida no fenômeno maior da “crise do princípio da territorialidade e da nacionalidade.”¹⁰⁷⁹

Assim, a doutrina do controle de convencionalidade obriga a reorganização das funções e competências de todas as autoridades estatais a fim de viabilizar o cumprimento dos direitos e garantias previstos em tratados de direitos humanos. Como registra Carbonell, “O controle de convencionalidade é consequência direta do dever do Estado de tomar todas as medidas que sejam necessárias para que os tratados internacionais se apliquem cabalmente.”¹⁰⁸⁰

É o dever de garantia de aplicação das disposições convencionais, previsto especialmente no art. 2 da CADH, que direciona todo órgão estatal à efetivação dos direitos humanos. Pois quando um Estado firma um tratado, o assina para cumpri-lo, por meio de todas as autoridades públicas, de todos os níveis.¹⁰⁸¹ O fundamento é a submissão de todo o Estado ao tratado firmado, e não só a submissão de um dos Poderes, como o Judiciário.¹⁰⁸²

¹⁰⁷⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. p. 30.

¹⁰⁷⁸ “Tal ‘efeito útil’, de longa linhagem no Direito Internacional, estava até poucas décadas entendido como uma espécie de gentil convite para os Estados nacionais, no sentido de adaptar, do modo e no momento que quisessem, suas normas aos tratados de direitos humanos que subscreveram. Mais que uma regra de direito positivo coativa para eles, parecia um tipo de ato de cortesia que, se se descumpria, poucas consequências provocava, salvo alguns poucos suspiros acadêmicos. Ademais, se o tratado afetava a Constituição, o princípio de supremacia constitucional, entendido de forma absoluta, blindava qualquer possível intento de ‘utilidade’ desse ‘efeito útil’ do tratado.” (SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. p. 30).

¹⁰⁷⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 24.

¹⁰⁸⁰ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo**. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 69.

¹⁰⁸¹ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo**. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 69-70.

¹⁰⁸² GUERRA, Eduardo J. Mitre. La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del**

2.2.2.4. *O controle de convencionalidade pela função administrativa satisfaz os direitos humanos sem necessidade de postergação do conflito ao Judiciário*

A proteção e garantia primárias dos direitos humanos não deve ser exclusividade do juiz. Parte do problema da ineficácia dos direitos humanos e fundamentais no plano fático está na recusa da Administração Pública em decidir, correta e corajosamente, em homenagem à melhor proteção do ser humano a quem serve. Se a cada momento em que imposta uma decisão os órgãos administrativos, especialmente do Poder Executivo, relegam (propositalmente ou não) suas competências ao Judiciário, por inércia ou ação, tem-se uma crise jurídica e de legitimidade sistêmica,¹⁰⁸³ que além de tudo acomoda as pautas políticas a uma constante e inefetiva judicialização do que deveria ser resolvido na esfera administrativa.¹⁰⁸⁴

O fortalecimento da autonomia administrativa, em processos administrativos, é um dos caminhos para o enfrentamento desses dilemas, cujas soluções não são apenas jurídicas. O controle de convencionalidade como dever-poder da Administração Pública vem se somar ao objetivo de valorização da função administrativa exercitada em prol do ser humano na medida em que evita uma violação a direitos e dá cumprimento direto às prescrições jurídicas constantes em tratado internacional. Deixar só aos “juízes interamericanos” o dever de controle de ofício a convencionalidade de normas é ignorar ainda que muitos casos decididos

Estado Constitucional y control de convencionalidad. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 454.

¹⁰⁸³ “Em brevíssimo resumo, na falência dos Estados de bem-estar social e a incapacidade do Poder Executivo de prover os pleitos cada vez mais complexos, a sociedade se volta para o Judiciário, em busca de soluções que o Executivo não consegue dar, e ainda para suprir lacunas de uma crônica crise de representação que esvazia a confiança no Legislativo. Paulatinamente, os juízes vão ocupando os espaços vazios e se transformando em *guardiães das promessas* de uma sociedade que mais tarde, frustrada, os responsabilizará pelos insucessos.” “Em boa medida, podemos caracterizar a enorme litigiosidade, muitas vezes, como uma escolha do réu e não propriamente de quem demanda. A forma de resolvê-la não se dará com súmulas vinculantes ou mecanismos que asseguram julgamentos repetitivos por repercussão geral. Mesmo nestas condições, a criação de novas demandas será sempre mais rápida que a forma, ainda que abreviada, de resolvê-las. Em relação a grandes empresas de massa, que absorveram os serviços públicos nas privatizações, e que são hoje, em regra, as mais processadas na área do consumo, o que falha, sobretudo, é a ação reguladora.” “A tolerância na regulação, o esvaziamento do poder de polícia que se deu com o enxugamento do estado neoliberal – mais aprofundado, ainda, desde que inicia o governo Bolsonaro, aliás -, é que projeta tantas demandas para o horizonte judiciário.” (SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça**: Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 27-28/62).

¹⁰⁸⁴ “Também os movimentos sociais se acomodam a esta lógica, de buscar as brechas da Justiça de modo a garantir a realização de algumas políticas públicas que o administrador relega, em face dos privilégios históricos. É justamente a população mais vulnerável que é mais credora de políticas públicas, porque o Estado tradicionalmente dá mais a quem precisa menos. A longo prazo, o resultado leva a disputa a lugares em que a mobilização tem pouca valia e a capacidade de enfrentamento político vai se tornando cada vez menos usual.” (SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça**: Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 29).

pela Administração Pública não são judicializados. O Judiciário depende de provocação para atuar no exercício da sua função típica, o Poder Executivo e os órgãos da função administrativa não.

Nesse sentido, o argumento genérico de que a declaração de inconveniência não caberia à Administração, pois só a função jurisdicional pode controlar a validade de leis e à função administrativa cabe-lhes aplicar, é falho ele mesmo. O interdito ao controle de validade de leis pela Administração Pública deslocado da análise concreta de cada ordenamento jurídico ignora a hierarquia das fontes, o princípio *pro persona*, e posterga a análise de inconveniência por uma instância judicial que *sequer obrigatoriamente emitirá seu juízo*, pois depende de provocação.¹⁰⁸⁵ A judicialização nunca é uma certeza, de forma que é mais vantajoso o controle direto de convencionalidade pela função administrativa, com observância do critério *pro persona* e abertura à judicialização pela parte que se sentir prejudicada pela decisão.

Não se pode ignorar, ademais, que ainda nos casos judicializados, o fato é que o controle de convencionalidade ainda é incipiente no próprio cotidiano forense.¹⁰⁸⁶ Assim, o controle de convencionalidade pela Administração Pública, ao mesmo tempo que aumenta a importância dos agentes públicos se justifica, também no princípio da razoável duração dos processos administrativo e judicial,¹⁰⁸⁷ mandamento constitucional (art. 5º, LXXVIII da CF)¹⁰⁸⁸ e convencional (art. 25.1 da CADH).¹⁰⁸⁹

Concordar que só juízes podem realizar controle de convencionalidade seria aceitar um sem-número de casos que serão apenas enfrentados em sede administrativa e que, a despeito das inconveniências que possam lhe viciar, não estarão sujeitos a um efetivo controle de adequação aos tratados de direitos humanos. Por que a “pluralidade de intérpretes” da CADH deve se limitar a uma pluralidade de juízes e tribunais, quando muitos

¹⁰⁸⁵ GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 24.

¹⁰⁸⁶ ALMEIDA, Marcelo Pereira de; BYRRO, Carolina de Carvalho. A ação popular no controle da administração pública sob o parâmetro da convencionalidade. **Conhecimento & Diversidade**, Niterói, v. 11, n. 23, p. 28-44, jan./abr. 2019. p. 30.

¹⁰⁸⁷ O princípio da razoável duração do processo é invocado também por Juarez Freitas na defesa do controle de constitucionalidade pela Administração Pública. Cf. FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 233.

¹⁰⁸⁸ (Constituição Federal) Art. 5º (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁰⁸⁹ (CADH) “Art. 25.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”

são os agentes públicos que aplicam normas no exercício de suas funções e potencialmente violam direitos humanos por ação ou omissão? A realização de controle de convencionalidade pela função administrativa protege com mais efetividade¹⁰⁹⁰ e mais celeremente os cidadãos diante de normas e práticas contrárias a tratados de direitos humanos. Os integrantes do Poder Judiciário podem até ter um papel destacado no controle de convencionalidade, mas não um papel exclusivo.¹⁰⁹¹

Por fim, a criticada falta de vocação dos agentes da função administrativa para manejar conflitos classificados como jurídicos não pode servir de fundamento para descumprimento do bloco de convencionalidade. Aquela falta de vocação deve ser enfrentada com capacitação dos agentes públicos e investimento em órgãos de consultoria jurídica, pois o ordenamento jurídico prevê importantes competências decisórias à Administração Pública que não podem ficar alheia à força da convencionalidade.

2.2.2.5. *A presunção de convencionalidade das normas é relativa*

A presunção de convencionalidade das leis e outros atos normativos apontada como fundamento pela corrente restritiva está por demais afeta à teoria do controle de constitucionalidade. Ela ignora, assim, que a presunção é apenas relativa, e não pode ser usada como argumento para proibir a recusa de normas e práticas inválidas pelo Estado-administração.

Como argumenta Hachem para afastar o argumento da presunção de constitucionalidade de leis para proibir o afastamento delas pelo Poder Executivo, “se trata de uma presunção *juris tantum* (relativa) e não *juris et de jure* (absoluta) [que] pode ser infirmada a partir da demonstração, acompanhada de fundamentada argumentação jurídica, de que a norma legal infringe o texto constitucional.”¹⁰⁹² A presunção serve apenas para balizar os ônus argumentativos dos responsáveis pela declaração de inconvencionalidade, e não para

¹⁰⁹⁰ “A maioria dos autores têm defendido a noção de que o controle difuso de convencionalidade tem exclusivamente uma sede jurisdicional. Sem embargo, resulta insuficiente pensar que só os juízes, através de sua atividade jurisdicional, podem proteger os direitos humanos.” (RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 181).

¹⁰⁹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos**. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 319.

¹⁰⁹² HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 350.

justificar o cumprimento de uma lei que o agente administrativo sabe ser inconveniente. Nesse ponto, toma-se de empréstimo o argumento de Mello para o exercício do controle de constitucionalidade: “Portanto, pode-se afirmar que a presunção de constitucionalidade não impõe a observância irrestrita às leis, mas determina cautelas que o Executivo deverá adotar quando deixar de aplicar leis em observância à Constituição.”¹⁰⁹³ Exemplo disso seria, além da necessária motivação exaustiva do órgão declarante da inconveniência, a realização prévia de consultas aos órgãos de assessoramento jurídico administrativo antes de declarar inconveniência qualquer.¹⁰⁹⁴

2.2.2.6. O controle de convencionalidade pela função administrativa contribui para a prevenção da responsabilidade internacional do Estado

O controle de convencionalidade permitido à função administrativa atinge um duplo objetivo: é proteger os direitos humanos do cidadão e evitar a responsabilidade internacional do Estado.¹⁰⁹⁵ Este último é igualmente favorecido quando se admite que a própria função administrativa controle a convencionalidade de normas e práticas, sem mediação judicial necessária, porque do ponto de vista do DIDH o Estado atua de modo unitário. O ato de um agente estatal de qualquer das unidades estatais, seja qual a forma de Estado adotada, corresponde a um ato do Estado, sujeito a responsabilização internacional.

Exige-se cumprimento das normas convencionais assumidas pelos Estados independentemente “da distribuição interna de atribuições e funções, que depende da vontade particular dos Estados e não altera os deveres e as consequências internacionais.”¹⁰⁹⁶ Por isso mesmo o controle de convencionalidade nacional deve ser amplo, aplicado de ofício por qualquer autoridade estatal sem obrigar a judicialização.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹³ MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 16.

¹⁰⁹⁴ MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 16.

¹⁰⁹⁵ SALAZAR, Elard R. Bolaños. Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa? **Administración Pública & Control**, n. 27, p. 66-72, mar. 2016. p. 72.

¹⁰⁹⁶ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergencia de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 571-572.

¹⁰⁹⁷ “Seria absurdo aguardar que o interessado invoque seus direitos – à vida, à integridade, à liberdade – para que os agentes de Estado resolvam examinar a sua existência, a obrigação de respeitá-los e a necessidade de garantir o seu exercício.” (RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON

Defender a corrente extensiva de competências para o controle de convencionalidade tem o benefício de expandir as instâncias responsáveis pelo cumprimento direto do bloco de convencionalidade, o que evita o processamento do Estado em cortes internacionais.

2.2.2.7. *A falta de regulação do controle de convencionalidade não pode impedir o exercício de uma técnica que satisfaz direitos humanos*

De pronto, não se pode admitir interpretações que viabilizem o Estado signatário da CADH a proibir, ainda que sob hipótese, o controle de convencionalidade por emenda constitucional ou lei. Tal conduta seria contrária à interpretação *pro persona* e, por si, violadora dos arts. 1 e 2 da CADH, bem como dos demais dispositivos normativos que sustentam a técnica de controle de convencionalidade.

Reservar um espaço tamanho de soberania aos Estados a ponto de lhes permitir anular a hierarquia privilegiada dos direitos humanos da CADH não é compatível com o DIDH. Se o legislador ou o poder constituinte derivado entendessem por bem proibir o controle de convencionalidade o resultado se mostraria fatalmente inconveniente. A norma proibitiva do controle de convencionalidade seria ela mesma inconveniente, por oposição à CADH como interpretada pela Corte IDH.¹⁰⁹⁸

Em vista disso, a melhor interpretação para a expressão “no marco de suas competências e conforme as regulações processuais de cada país” constante em julgados da Corte IDH¹⁰⁹⁹, desde a perspectiva da interpretação *pro persona*, é da corrente classificada por Díaz acima como extensiva. Ou seja, a corrente que defende que a jurisprudência da Corte IDH usa a expressão para fazer referência “de acordo com sua competência por matéria, grau e território que tenham no âmbito interno, sem que isso tenha qualquer condicionante com a competência que possam ter em matéria de controle de constitucionalidade, que é outra coisa.”¹¹⁰⁰

BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integración jurídica: emergencia de un nuevo derecho público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 573).

¹⁰⁹⁸ SAGUES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 123.

¹⁰⁹⁹ CORTE IDH. Caso Massacre de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador. Sentença de 25 out. 2012. § 318; CORTE IDH. Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana. Sentença de 28 ago. 2014. § 471.

¹¹⁰⁰ BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 132.

Nas palavras de Marcos del Rosario Rodríguez: “A única limitação em seu exercício [do controle de convencionalidade], como se assinalou anteriormente, é que se efetue no âmbito de competência respectivo.”¹¹⁰¹ Conclusão essa que não tem a ver com o manejo pleno da técnica, mas que quer afirmar que pode uma autoridade administrativa deixar de aplicar uma norma inconveniente, desde que esteja atuando no âmbito de sua competência.

Não pode, por exemplo, um servidor do Ministério da Agricultura declarar inconveniente uma norma no curso de um processo que tramita no Ministério da Economia. Mas pode declarar inconveniente uma norma que autoriza a utilização de agrotóxicos nocivos ao meio ambiente sadio e aos seres humanos em processo administrativo sob sua responsabilidade decisória. Se alguma autoridade que exerce função administrativa possui alguma competência decisória, o que em razão do princípio da juridicidade e legalidade administrativa implica sempre em interpretar e aplicar normas, ela tem o dever-poder de controlar a convencionalidade.

Essa interpretação admitiria, ainda como exemplo, que um servidor do instituto de seguridade social, como é o INSS no Brasil, afastasse uma norma nacional que proibisse o pensionamento para cônjuge ou companheiro homossexual, por inconveniente. A interpretação que se faz dos julgados da Corte IDH, nesse caso, é que o instituto de seguridade social é *competente* segundo a matéria e *competente* territorialmente (presume-se que o pedido de pensão foi realizado no domicílio do casal, por exemplo) para, de acordo com as regras processuais aplicáveis, analisar o pleito de pensão. Isso bastaria para o instituto reconhecer inconveniente a norma violadora de um direito humano convencional como reconhecido, v.g., no Caso Duque vs. Colômbia (2016)¹¹⁰² e na Opinião Consultiva n. 24/2017¹¹⁰³, tornando irrelevante a participação do Judiciário para efetivar o direito à pensão em igualdade com casais heterossexuais protegidos por lei.¹¹⁰⁴ É no SIDH, aliás, que se verificam muitos dos avanços dos direitos na proteção da população LGBTI+.¹¹⁰⁵

¹¹⁰¹ RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidade. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 176.

¹¹⁰² A Corte IDH entendeu discriminatória a negativa de pensionamento da vítima por morte de seu cônjuge homossexual. Cf. CORTE IDH. Caso Duque vs. Colômbia. Sentença de 26 fev. 2016.

¹¹⁰³ Cf. LEAL, Mônia Clarissa Henning; LIMA, Sabrina Santos. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: análise da Opinião Consultiva 24/2017. **Revista Ius et Veritas**, Lima, n. 61, p. 194-205, dez./2020.

¹¹⁰⁴ Esse bom exemplo é colhido de autor contrário a tal interpretação extensiva: DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidade: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 62.

¹¹⁰⁵ Cf. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina; TAQUES, João Daniel Vilas Boas. Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção da população LGBTI+. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 67, n. 2, p. 153-186, maio/ago. 2022.

A defesa de uma competência geral para realizar controle de convencionalidade é compatível com as demais vantagens da generalização da técnica e dá autonomia científica e operacional ao controle de convencionalidade. Afasta-se daquelas posições que defendem tipos, graus e efeitos diversos de controle de convencionalidade segundo a regulação jurídica que um sistema faz do controle de constitucionalidade,¹¹⁰⁶ respeitando, todavia, os países que optaram por expressamente equiparar a disciplina jurídica de ambas as técnicas.¹¹⁰⁷

Em países como o Brasil, em que não houve até o momento tal opção via emenda ou lei, o mais adequado é *dissociar o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade*. Assim, no caso brasileiro, ainda que se entenda que os órgãos de Estado que desempenham função administrativa não sejam competentes para o controle de constitucionalidade, são competentes para o controle de convencionalidade.

Não é necessário norma expressa que autorize o controle de convencionalidade nacional por autoridades administrativas, pois é obrigação que se extrai do dever de todo agente público promover, respeitar e garantir os direitos humanos, que gozam de supremacia jurídica.¹¹⁰⁸ O dever de adotar disposições para concretizar os direitos humanos não se limita a nenhuma função estatal, antes engloba todas.¹¹⁰⁹ Para Ramírez, o controle de convencionalidade nacional é um “processo lógico de confrontação entre normas nacionais e internacionais” que “não corre somente a cargo das autoridades jurisdicionais -, senão que pode ser cumprido igualmente por qualquer pessoa, e certamente por quaisquer autoridades

¹¹⁰⁶ BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 135-136.

¹¹⁰⁷ Há exemplos de países que disciplinaram de modo diferente, e equiparam ambos os controles expressamente. No Panamá, por exemplo, Brewer-Carías recorda que por força de precedentes judiciais os juízes ao se deparar com uma possível inconveniência devem suscitar à Suprema Corte de Justiça a declarar de inconveniência via consulta. (BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 134).

¹¹⁰⁸ RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 154/184.

¹¹⁰⁹ “Os Estados-parte do sistema interamericano assumiram que seu ordenamento jurídico interno não se adequa às obrigações gerais, devem adotar as medidas necessárias para concretizar dita adequação, o que implica modificar a Constituição, adotar preceitos legais, resoluções administrativas, desenvolver práticas políticas e administrativas, como também usar as atribuições jurisdicionais dos tribunais em seus respectivos âmbitos de competência para concretizar os parâmetros convencionais mínimos.” (ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 381).

chamadas a promover, respeitar, proteger e garantir, no espaço de suas atribuições, os direitos humanos.”¹¹¹⁰

Nessa linha, a presunção de legitimidade dos atos administrativos reforça a competência controladora da função administrativa. Se se presumem legítimos, a Administração Pública não poderia praticá-los se desconfia da inconveniência da norma que embasa seus próprios atos, seja ela com força de lei ou não. A noção é distinta em relação aos particulares, frente os quais incide aquela presunção de legitimidade do ato administrativo e para os quais desconfiança de que há inconstitucionalidade/inconveniência exige buscar o Judiciário para resguardar seus interesses.¹¹¹¹

Portanto, a falta de um detalhamento exaustivo sobre o modo de operacionalização do controle de conveniência, que sequer existe no Brasil para o próprio controle de constitucionalidade difuso, não é argumento suficiente para rechaçá-lo.¹¹¹² Nesse sentido, a cultura jurídica tradicional não pode servir de empecilho à adoção da técnica que favorece, sobretudo, uma cultura de direitos humanos.¹¹¹³

Uma vez que as vantagens da técnica para efetivação dos direitos humanos pela Administração Pública superam as desvantagens, a falta de detalhamento de sua operacionalização deve servir de impulso à regulação da técnica para harmonizá-la com a pretensão geral dos ordenamentos de segurança jurídica, mas não de óbice ao seu exercício.¹¹¹⁴

¹¹¹⁰ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergencia de un nuevo derecho público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 559.

¹¹¹¹ CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Ejecutivo. Negativa de aplicación de ley supuestamente inconstitucional: corrientes doctrinarias. Controversia. **Revista Jurídica da Procuradoria Jurídica do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011. p. 12.

¹¹¹² “Como tipo construção pretoriana, não tem a estruturação sistemática que poderia se esperar de um produto legislativo como o de um código de processo constitucional, se vale o exemplo.” “Mas o desafio existe e deve ser atendido.” (SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigaciones Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. p. 31).

¹¹¹³ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 141.

¹¹¹⁴ Na Colômbia, por exemplo, onde o controle de convencionalidade assim como no Brasil não está regulado em lei ou normativa de outra natureza, o Conselho de Estado já se manifestou sobre a obrigação de toda autoridade pública, inclusive administrativas, realizarem o controle de convencionalidade de normas contrárias a tratados internacionais. Os casos apontados por Ustariz e Nino são: Radicación n. 73001-23-31-000-2008-00561-01, de 05 set. 2017 e Radicación n. 11001-03-15-000-2017-01769-01 de 27 nov. 2017. (Cf. USTARIZ, Marthe Robles. NINO, Diana Geraldine Quevedo. El ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades del Estado. Instrumento para la efectiva protección y garantía de los derechos de acceso en materia ambiental. In: PACHÓN, María del Pilar García (Coord.). **Información, participación y justicia Ambiental**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. p. 664). Sobre o controle de convencionalidade na Colômbia, cf. GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. Constitucionalidad y convencionalidad en Colombia: el

Nem a Corte IDH em sua jurisprudência nem a doutrina do controle de convencionalidade contemplam uma forma unívoca de realizá-lo na modalidade nacional.¹¹¹⁵ Ao contrário do que alegam as correntes críticas, a Corte IDH não determinou uma maneira única e unívoca de realização do controle de convencionalidade, conduta que sequer é própria de um Tribunal Internacional.

O que ela fez foi enunciar a existência da técnica e encaminhar uma obrigação genérica de adequação dos ordenamentos nacionais aos tratados de direitos humanos, cujo detalhamento e regulação cabe a cada Estado. A obrigação de controlar a convencionalidade existe e deriva do princípio da juridicidade, mas a fórmula é aberta para que os Estados integrantes do SIDH melhor adequem a técnica às suas realidades e sistemas jurídicos. Nesse esquema estruturante do controle de convencionalidade o papel da Corte é apenas o de identificar o grau de eficácia do sistema de controle de convencionalidade escolhido por cada Estado-parte da Convenção.¹¹¹⁶ Quer dizer, o que se exige como consectário da CADH é que os Estados possuam sistemas estruturados de controle de convencionalidade nacionais, e não que sigam um modelo pronto – que não existe – elaborado pela jurisprudência da Corte.

A *ratio* dos julgados da Corte IDH apenas sugere o controle de convencionalidade, no marco das competências de cada juiz e de cada autoridade estatal, sem vetar o uso da técnica por ninguém. Antes disso, estimula-o.

Embora sem regulação, o fundamento normativo para o exercício amplo da técnica está, mais uma vez, na própria CADH. Respeitar e garantir os direitos humanos é um dever previsto no art. 1 da CADH, e há, a partir desse dever e do previsto igualmente na CVDT (arts. 26, 31.1, e 27), e do previsto no art. 5º, § 1º da Constituição um dever de aplicação direta de normas convencionais pelos órgãos estatais, sem que seja necessário intermediação legal.¹¹¹⁷

diálogo entre las cortes. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 31-50, jan./mar. 2021.

¹¹¹⁵ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad y la Administración Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 653-657.

¹¹¹⁶ LÁZARO, María Carmelina Londoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, a. 43, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. p. 810.

¹¹¹⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 336.

2.2.2.8. *Segurança jurídica: o controle de convencionalidade pela função administrativa não afasta a possibilidade de controle jurisdicional*

No exercício da função administrativa os agentes públicos estão obrigados ao princípio da juridicidade. Aplicam a lei de ofício, e por isso têm o dever de cotejá-la com os direitos previstos em tratados internacionais a ela superiores. O que evita o arbítrio no exercício dessa competência e diminui a insegurança jurídica ínsita a uma técnica não regulada é o reconhecimento de que o exercício desse controle de convencionalidade na função administrativa está sujeito ao controle jurisdicional, dado que aos juízes também é permitido o controle de convencionalidade.¹¹¹⁸

Em sistemas como o brasileiro, em que a despeito da previsão do art. 5º, XXXV da Constituição¹¹¹⁹ que outorga legitimidade ao Judiciário para decidir controvérsias que envolvem a Administração Pública¹¹²⁰, há também um lugar privilegiado para a função administrativa decidir, e decidir *primeiro*.¹¹²¹ Admitir controle de convencionalidade pela função administrativa, portanto, não exclui, a normatividade do art. 5º, XXXV da Constituição que entrega ao Poder Judiciário competência controladora. Ainda que não necessariamente em sentido cronológico, cabe em sede nacional em casos concretos ao Judiciário a última palavra em sede de controle de constitucionalidade¹¹²² e de convencionalidade, quando provocado. Tanto mais isso é verdade na medida em que o sistema interamericano funciona segundo o critério de subsidiariedade, em que a recusa do

¹¹¹⁸ Brewer-Carías menciona o controle de convencionalidade por juízes integrantes do contencioso administrativo, sem previsão no Brasil. Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo. In: MENDIBLE, Victor Hernández; MORENO, José Luis Villegas (Coord.). **Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia: liber amicorum** al professor José Araujo Juárez. Caracas: CIDEP/CERECO, 2018. p. 259-318.

¹¹¹⁹ (Constituição Federal) “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹¹²⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 67.

¹¹²¹ Ainda no século passado já sustentava Harold H. Koh que a internalização efetiva de normas de direitos humanos depende, sob pena de falhar, da atuação comprometida de todos os poderes de Estado. Executivo, Legislativo e Judiciário acabam por atuar interpretando e ressignificando as normas de direitos humanos incorporadas, o que se dá inclusive via mecanismos institucionais próprios para internalização. O autor não falava, obviamente, de controle de convencionalidade. Mas é possível compreender a técnica como um mecanismo inovador e eficiente de internalização de normas internacionais que conta com a participação sistêmica de todos os órgãos de Estado. (Cf. KOH, Harold Hongju. How is international Human Rights Law Enforced? **Indiana Law Journal**, v. 74, n. 4, p. 1397-1417, 1999. p. 1413).

¹¹²² FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 219.

Judiciário nacional em controlar os excessos positivos e negativos dos demais Poderes significaria coadunar com o processamento do país em Cortes Internacionais.¹¹²³

É verdade o apontado pela crítica no sentido de que os tribunais judiciais são vocacionados, notadamente pela seleção de seus membros, à garantia de direitos, especialmente os direitos humanos ou fundamentais.¹¹²⁴ Portanto, decisões administrativas relacionadas a direitos humanos e fundamentais estão sujeitas a um controle judicial forte ou não deferente.¹¹²⁵

Da perspectiva da harmonia entre os Poderes, defender o controle de convencionalidade pela função administrativa (e inclusive a recusa de cumprimento de certas decisões judiciais, como ser verá no capítulo 3) não significa a anulação do controle jurisdicional. Como afirma Dulitzky, é chegada a hora de reconhecer a composição multifacetada do Estado, integrado por vários órgãos, o que relativiza a posição fictícia de ente uno e indivisível, ou com competências estanques. Os Estados *multifacetados*¹¹²⁶ com ordens jurídicas *descontinuadas*¹¹²⁷ que compartilham simultaneamente um sem-fim de instâncias interpretativas e decisórias¹¹²⁸ devem ser o lugar primordial de aplicação das

¹¹²³ APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano.** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 187-191.

¹¹²⁴ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 58-61.

¹¹²⁵ “Os tribunais tendem a examinar sem limites a *correção* da decisão adotada pela administração – anulando-a (e, em alguns casos, substituindo-a) quando ela não seja coincidente com a decisão que *eles próprios* teriam adotado.” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle.** São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 58).

¹¹²⁶ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 92.

¹¹²⁷ Legale explica que o fenômeno da internacionalização do Direito se evidencia na internacionalização das fontes e das técnicas de interpretação e aplicação de normas. Mas também pode ser analisado a partir da multiplicação dos organismos competentes para dizer o Direito. Nessa internacionalização político-institucional um mesmo tema pode contar com vários órgãos competentes para resolver determinada controvérsia. Sob diferentes enfoques, mas com repercussão prática no campo das prescrições dirigidas a algum sujeito, uma mesma questão pode ser analisada por organismos internacionais do comércio, por comissões internacionais de direitos humanos, por cortes internacionais e cortes internacionais de direitos humanos, por tribunais de revisão como o do Mercosul, por tribunais arbitrais, por conselhos, por órgãos legislativos e administrativos, e por tribunais e cortes nacionais. Essa multiplicidade de agentes e de competências e decisões sobrepostas aumenta a complexidade do sistema, o que remete à “necessidade de compreender o Direito para além da visão tradicional, a começar pela descontinuidade da ordem jurídica.” (LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013. p. 130-134).

¹¹²⁸ Vive-se há décadas a defesa insistente na doutrina de que cada vez mais intensamente estão na arena política e jurídica uma multiplicidade de atores públicos e privados envolvidos com o objetivo comum de debater, interpretar e internalizar a obediência dos direitos humanos pelos Estados. A internalização dessas normas e seu cumprimento não é setorializada ou limitada a certos órgãos estatais, mas acontece simultânea e complexamente nos âmbitos social, político, e também legal, por ação de sujeitos integrantes do Poder Executivo, por interpretação do Judiciário, e por atuação do Poder Legislativo, “ou alguma combinação dos três.” (KOH, Harold

normas do SIDH. A unidade da Administração Pública do Estado liberal já não subsiste. Conforme explica Eurico Bitencourt Neto, o que se observa desde o paradigma de Estado Social marcado pela postura ativa do Poder Público para concretização dos direitos humanos e fundamentais é uma Administração com mais de um centro de atuação, descentralizada,¹¹²⁹ o que consequentemente indica a existência de vários órgãos com competência decisória. Na atualidade a Administração Pública é multipolar¹¹³⁰, no sentido de que sua atuação atinge um número indeterminado de pessoas e exige atuação coordenada e sequencial de mais de um órgão ou entidade pública.¹¹³¹

O importante nesse cenário jurídico de múltiplas instâncias decisórias, aparentemente confuso, e que já é uma realidade em sistemas federais que admitem o controle de constitucionalidade difuso, é a compreensão de que a formatação do SIDH impede a exclusividade interpretativa da CADH por um único ator.¹¹³² Assumi-lo é reconhecer e valorizar a relevância da função administrativa, uma entre tantas instâncias compromissadas – e comumente a primeira delas no contato com os cidadãos - com a aplicação das normas convencionais, e por isso com a declaração de inconvencionalidade das normas inconvencionais.¹¹³³ Diante da hierarquia privilegiada do bloco de convencionalidade, sempre sob a hegemonia do princípio *pro persona*, “qualquer lei, regulamento administrativo (disposição de alcance geral), decreto, instrução, circular ou ato administrativo de alcance particular deve ser confrontado com o parâmetro de convencionalidade, por parte de todo órgão administrativo em quaisquer de seus níveis, que tenha competência para editá-lo e/ou

Hongju. Why do the nations obey International Law? **The Yale Law Journal**, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2656-2657).

¹¹²⁹ BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017. p. 292.

¹¹³⁰ Cf. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 127 e ss.

¹¹³¹ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 214.

¹¹³² “No âmbito interamericano não há nenhum tribunal que tenha a palavra final, obrigatória, que unifique a jurisprudência sobre a Convenção Americana. A Corte Interamericana não é, apesar de sua intenção, um tribunal constitucional nem um tribunal supremo interamericano. Por isso, não tem poderes unificadores de jurisprudência. (...) Ainda quando a Corte possa em algum caso resolver uma questão, isso não significará que todos os tribunais latino-americanos devam revogar suas sentenças contraditórias ou parcialmente concordantes de maneira retroativa. Assim que é possível que milhares de casos resolvidos contraditoriamente à jurisprudência da Corte permaneçam assim.” (DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *at al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 553).

¹¹³³ O argumento é tomado de empréstimo de Juarez Freitas quando, sem excluir o controle judicial, defende o controle de constitucionalidade pela função administrativa em contexto de harmonia entre Poderes: “Sublinhe-se que tal posicionamento hermenêutico supera conflitos entre a sociedade e o Poder Público, promove a deferência e valoriza as Carreiras de Estado, sem fomentar hostilidades que minam o sutil tecido do Estado brasileiro.” (FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 235).

aplicá-lo.”¹¹³⁴ Como se demonstrará adiante, pode, assim, um órgão de hierarquia inferior afastar a aplicação de um regulamento editado por uma autoridade hierarquicamente superior, desde que demonstre motivadamente a inconvenção. Pode inclusive agir na falta de lei para dar cumprimento a um direito humano.

O controle de convencionalidade, enquanto não há norma regulatória de sua prática no Brasil, tampouco fica limitado ao chefe do Poder Executivo, como por muito tempo limitou a jurisprudência do STF em julgados sobre o controle de constitucionalidade pela função administrativa e como defende parcela da doutrina.¹¹³⁵ Qualquer órgão estatal na aplicação de ofício das normas e no exercício de suas competências tem o dever de controlar a convencionalidade. Como introduzido no subcapítulo anterior, alguns defendem dita competência controladora sob o fundamento de que certos órgãos, como os Tribunais de Contas, “concentram relevantes poderes estatais”,¹¹³⁶ uma vez que “exercem, além da função de fiscalização, a prerrogativa de promover a indução do desenvolvimento da Administração Pública e da própria sociedade”.¹¹³⁷ Para autores dessa linha interpretativa, os tribunais de contas poderiam realizar controle de convencionalidade interno porque “têm o desafio de promover o aperfeiçoamento da democracia brasileira”.¹¹³⁸ Com argumentos semelhantes, outros aduzem um suposto papel privilegiado do Ministério Público, dos delegados de polícia¹¹³⁹ e da Defensoria Pública.¹¹⁴⁰

¹¹³⁴ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 41.

¹¹³⁵ Mello reconhece que o juízo de inconstitucionalidade dentro da Administração pode gerar temor de insegurança jurídica, o que pode ser contornado com a limitação desse poder-dever a certos órgãos do Poder Executivo, como por exemplo o Chefe do Poder Executivo de cada ente. A autora ainda defende a necessidade de, após recusa da aplicação da lei inconstitucional, deflagre o controle de constitucionalidade ou provoque quem tenha legitimidade. (Cf. MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 20-21). Para posicionamento semelhante, cf. CYRINO, André Rodrigues. Controle de constitucionalidade. Descumprimento de lei reputada inconstitucional pelo Poder Executivo. Atribuição do Governador do Estado. Enunciado nº 3-PGE. Revisão. Precedente: Parecer nº 01/94-RFSOS; Parecer nº 12/95-RB. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 67, p. 311-380, 2013. p. 322.

¹¹³⁶ CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, Brasília, v. 7, p. 109-122, 2019. p. 115.

¹¹³⁷ DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019. p. 29.

¹¹³⁸ DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019. p. 30.

¹¹³⁹ Segundo Cambi, Porto e Heemann, caberia à autoridade policial fazer controle de convencionalidade no exercício de suas atribuições, *deixando temporariamente de aplicar norma que repute inconvenção*. A inaplicação seria temporária porque, com fulcro no art. 3º do Código de Processo Penal, caberia ao delegado remeter o procedimento, mais uma vez, *ao Judiciário*, para que, após manifestação do Ministério Público, a

Porém, assim como não é aconselhável equiparar o controle de constitucionalidade com o de convencionalidade para justificá-lo a certos órgãos constitucionais¹¹⁴¹, não parece, todavia, serem aqueles motivos adequados para defesa da competência a todos os órgãos com função administrativa, nem para limitar o controle de convencionalidade a alguns deles, como aos Tribunais de Contas, Ministério Público ou Defensoria Pública.

Afinal, qual órgão de Estado, qual agente, por menor que seja sua hierarquia, que não concentra relevantes poderes estatais, não promove sempre o desenvolvimento da Administração e da sociedade, e não deve sempre trabalhar para o aperfeiçoamento da democracia brasileira? Essas são diretrizes de atuação de todo aparato estatal, e no âmbito de suas competências a todo agente público cumpre fazer valer prioritariamente os direitos humanos.

A valorização dos direitos humanos na prática estatal acontece na medida em que há expansão do número de agentes responsáveis pelo controle de convencionalidade, o que segundo Dulitzky beneficentemente gera “múltiplos pontos de interpretação convencional”.¹¹⁴² A análise deste autor só considera juízes como responsáveis pelo controle de convencionalidade, mas o que importante é o cerne do argumento. Nesse ponto, se compreende que a multiplicidade de sujeitos realizando o controle retira *da Corte IDH* a exclusividade de manifestação sobre vários temas relacionados aos direitos humanos, que muitas vezes sequer

função jurisdicional decida pela compatibilidade ou não da norma vergastada com tratados de direitos humanos. (CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, Brasília, v. 7, p. 109-122, 2019. p. 116).

¹¹⁴⁰ Em relação à Defensoria Pública, conquanto não incluída no rol do art. 103 da Constituição sobre os legitimados para a relevante missão de deflagrar o controle concentrado de *constitucionalidade*, Mazuoli e Rocha entendem, com fundamento na teoria dos poderes implícitos, que no processo objetivo de controle concentrado de *convencionalidade* a Defensoria Pública teria legitimidade para propor ações de controle abstrato. A legitimidade e a pertinência temática estariam justificadas diante da inclusão pela EC n. 80/214, entre as missões da instituição, a promoção dos direitos humanos. Além disso, segundo os autores, pode atuar como *amicus curiae* ou *custus vulnerabilis* perante o STF em casos cujos objetos envolvam suas missões institucionais, apresentando manifestação. Reconhecem, todavia, que o ideal seria a previsão expressa na Constituição da Defensoria como legitimada ativa para o controle de constitucionalidade e convencionalidade. Já no controle de convencionalidade nacional manejado difusamente a Defensoria atuaria legitimamente como representante ou substituto processual dos hipossuficientes, bem como instituição estatal que atuaria em nome próprio na defesa do interesse público primário ou secundário. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública e instituições essenciais à justiça no controle de convencionalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 22, n. 43, p. 17-27, jan./jun. 2020. p. 24-26).

¹¹⁴¹ A principal justificativa dos autores para o controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas seria “por simetria [com o controle de constitucionalidade] e por ausência de impedimento constitucional ou legal [...]”. Os autores defensores do controle de convencionalidade por Corte de Contas Negam a possibilidade de controle abstrato, por ausência de norma expressa, e a respeito dos efeitos do controle de convencionalidade difuso, apenas indicam que são *inter partes*. (DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019. p. 37-38).

¹¹⁴² DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *et al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 552.

passarão sob o crivo da Corte ou lá chegarão muito tarde, seja por questões temporais, seja por questões processuais. Pois a maior parte dos casos de declaração de inconveniência ou de aplicação de direitos humanos pode fazer coisa julgada administrativa ou coisa julgada jurisdicional sem nunca ser remetido às instâncias internacionais. Vários casos sequer chegarão ao Judiciário nacional. Não se pode ignorar que esses casos podem, não raramente, desafiar os entendimentos da Corte IDH, como o contrário também. Não depender ou creditar todas as esperanças sempre e a qualquer custo na Corte IDH, aliás, é o que permite a evolução da jurisprudência e a adaptação das normas convencionais ao tempo de sua aplicação efetiva.¹¹⁴³

A interpretação *pro persona* leva a compreender o controle de convencionalidade nacional na máxima extensão protetiva dos direitos humanos, e nesse sentido não há razão para uma interpretação excludente de destinatários da técnica. Ao menos enquanto não há norma nacional regulamentadora, deve ser dado a mais larga interpretação à *ratio decidendi* dos julgados da Corte IDH no sentido de autorizar qualquer autoridade pública no âmbito de suas competências a realizar o controle de convencionalidade. Por mais que não haja jurisprudência consistente e segura, a Corte IDH ao propor o controle de convencionalidade por servidores públicos considera-os todos, não importa a hierarquia.

Sergio García Ramírez inclui no rol “desde membros da força pública, até docentes e funcionários da saúde, desde empregados do serviço postal até operários de órgãos da Administração Pública central a descentralizada, e assim sucessivamente.”¹¹⁴⁴ Entretanto, invoca as palavras do juiz e presidente da Corte IDH, Diego García-Sayán, durante o discurso do 48º período extraordinários de sessões – entre 7 e 11 de outubro de 2013 -, para lembrar que a extensão do controle às diversas autoridades públicas que não só do Judiciário implica em cautela e respeito às competências internas de cada órgão. Não se trata de um vale-tudo. Cabe, de acordo com Ramírez, a cada Estado disciplinar como seus órgãos internos vão realizar o controle de convencionalidade e quais os efeitos que a legislação deve lhe emprestar. O autor mesmo sequer admite declaração de invalidade indiscriminada de normas.¹¹⁴⁵

¹¹⁴³ DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *et al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 552-554.

¹¹⁴⁴ RAMÍREZ, Sergio García. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento constitucional**, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016. p. 179.

¹¹⁴⁵ RAMÍREZ, Sergio García. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento constitucional**, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016. p. 179-180/182.

Assim é que o temor de insegurança jurídica, um dos mais fortes argumentos contrários ao controle de convencionalidade pela função administrativa, não pode ser um empecilho à extensão plena da técnica a outras autoridades que não as judiciais. A ordem jurídica carece de implementação por todas elas, cabendo também às autoridades administrativas harmonizar normas a princípio contraditórias e dar efetividade às disposições de tratados. Negar o controle de convencionalidade às autoridades administrativas é concordar que o Estado pode, via seus órgãos da Administração Pública, violar tratados.¹¹⁴⁶

Todavia, isso é inaceitável. Evidentemente, o que melhor compatibiliza o dever de controlar a convencionalidade por toda autoridade estatal com a segurança jurídica é a regulação por lei da técnica, sem prejuízo de sua incorporação por emenda constitucional a fim de definir qual(is) ente(s) federativo(s) têm competência para legislar sobre o assunto. Na linha do que sustenta Ramírez, deve haver regulação do controle de convencionalidade no plano interno que regule conforme cada realidade, cultura e história nacionais, o procedimento, as competências e as consequências do controle de convencionalidade. Sob pena de ao invés de ser fator de harmonização em torno de um núcleo comum de direitos humanos, servir o controle de convencionalidade à dispersão. Ao invés de rumar a um *ius commune*, paralisar-se como “controle descontrolado”.¹¹⁴⁷ Porém, enquanto não há lei nem emenda constitucional, o controle de convencionalidade pela função administrativa deve ser realizado no âmbito de competência de cada agente público, nos limites de suas atribuições e de acordo com os instrumentos processuais e procedimentos a seu dispor na atualidade.

Defende-se que a pretensa insegurança jurídica que a recusa de aplicação de norma inconveniente gera não pode servir de argumento contrário à técnica. Como lembra Mello para as situações de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Executivo, não há proteção de expectativas em relação à preservação de norma inconstitucional,¹¹⁴⁸ como também não há em relação às normas inconvenientes. Em segundo lugar, certo grau de insegurança jurídica “é

¹¹⁴⁶ “O fato de que uma norma deixe de ser aplicada por uma autoridade distinta da judicial, no caso uma autoridade de natureza administrativa, não significa *per se* uma falta de deferência aos princípios de presunção de constitucionalidade da lei, certeza e segurança jurídica, já que o que se busca, ante a impossibilidade de compatibilizar a ordem constitucional e convencional por via de interpretação, conforme o âmbito de competência respectivo, é salvaguardar a regularidade do sistema através da inaplicação daquela disposição que obstaculiza dita regularidade constitucional e vigência dos direitos humanos.” (RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 159/180).

¹¹⁴⁷ RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 28, p. 15–51, 2014. p. 42-43.

¹¹⁴⁸ MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 19-20.

ínsito às ordens jurídicas que consagram o controle de constitucionalidade das leis e, sobretudo, que adotam o dogma da *nulidade*.”¹¹⁴⁹ Se passa o mesmo para o controle de convencionalidade.

A adesão à corrente extensiva que defende a postura ativa da função administrativa para aplicar diretamente tratados internacionais e exercer o controle de convencionalidade nacional, com alteração do esquema rígido de divisão de funções de Estado tem como contrapartida à crítica de insegurança jurídica a preservação do controle judicial, mantido em suas funções em caso de falha administrativa.¹¹⁵⁰ Pelo menos no caso do Brasil, em razão do já citado art. 5º, XXXV da Constituição, o controle judicial é amplo e isso tem apoio na própria CADH.¹¹⁵¹

As dúvidas que a norma constitucional de controle judicial amplo gera sobre quem, afinal, teria a última palavra sobre alguma controvérsia que envolve tratados de direitos humanos não devem ser tomados como impasses. A forma mais adequada de lidar com o tema está na postulação de um modelo integrativo de interpretação e aplicação de tratados, análogo ao que defendido para atuação paralela de cortes nacionais e internacionais por Dulitzky. O modelo do autor para aplicação da jurisprudência da Corte IDH em âmbito nacional é pautado no princípio da integração,¹¹⁵² baseado no compartilhamento de competências entre a Corte IDH, Comissão IDH e juízes nacionais. Sem que nenhum deles tenha a palavra derradeira e imutável a respeito da interpretação da Convenção.¹¹⁵³

Apesar da força persuasiva das decisões da Corte IDH (e da Comissão IDH), Dulitzky defende uma maior autonomia aos juízes nacionais na aplicação dos direitos humanos convencionais. Sustenta que assim há mais chances de uma recepção verdadeira dos

¹¹⁴⁹ MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 19.

¹¹⁵⁰ COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del control. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 281.

¹¹⁵¹ Cf. GUSSOLI, Felipe Klein. Controle judicial amplo da função administrativa e seus limites sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 46, p. 183-205, 2019.

¹¹⁵² DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 54.

¹¹⁵³ “Fundamentalmente, é preciso compreender que a intervenção judiciária não é ‘natural’, como poderia parecer a partir de uma análise estritamente jurídica (ou *dogmaticamente jurídica*) do tema. A solução da *multiplicidade de problemas sociais* envolvidos no tema do controle judicial da administração pública pode dar ensejo a uma *multiplicidade de formas* de estruturação das instituições públicas para enfrentá-los.” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 166).

tratados de direitos humanos, já que a simples integração dos tratados no ordenamento não é suficiente para fazer valer suas disposições nos casos cotidianos. Ao invés de impor, convencer os juízes seria o melhor caminho para incorporar na prática dos direitos humanos convencionais. O modelo de integração busca um diálogo verdadeiro entre tribunais, com a consideração de que os juízes também são responsáveis pela aplicação das normas internas. Para Dulitzky, o ideal é que a jurisprudência da Corte IDH seja o paradigma de aplicação dos direitos humanos nos países signatários da Convenção, mas deve haver margem para que os juízes exerçam seu juízo crítico à jurisprudência, podendo inclusive rechaçá-la quando presentes certos pressupostos que o autorizem. Porém, segundo o autor, esses pressupostos e critérios estão pendentes de desenvolvimento.¹¹⁵⁴

Defende-se nesta tese modelo análogo para utilização da jurisprudência internacional e exercício de controle de convencionalidade pela função administrativa, cujos desfechos poderão contrastar com decisões judiciais de controle ao longo de um processo integrativo de interpretação e reflexão sobre o sentido dos tratados internacionais em casos concretos. Trata-se de uma interpretação conjunta e sistemática do art. 7º do ADCT, 4º, II, art. 5º, §§ 1º ao 3º e com o art. 5º, XXXV da Constituição que obriga a aplicabilidade imediata e primazia dos direitos humanos interpretados pela Corte IDH e pelos agentes públicos nacionais, com atenção à norma mais favorável ou menos restritiva diante de conflitos.

Em caso de insatisfação por algum envolvido, poderá buscar o controle judicial da decisão administrativa, em um modelo argumentativo integrativo e que se retroalimenta dos argumentos e fundamentos elencados nas múltiplas instâncias decisórias nacionais e internacional em direção a patamares idealmente mais protetivos dos direitos convencionais.

A alternativa a esse modelo integrativo proposto seria estruturar um sistema de reenvio¹¹⁵⁵ ou de consultas da Administração ao Judiciário em matéria de convencionalidade¹¹⁵⁶, suspendendo o processo administrativo sempre que uma questão de

¹¹⁵⁴ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 79-87.

¹¹⁵⁵ “Se a incompatibilidade normativa não for solucionável pela via da interpretação conforme, o órgão ou autoridade destituído de competência para o controle de constitucionalidade deveria remeter a questão ao órgão competente para o exercício desse tipo de controle.” (HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021. p. 241).

¹¹⁵⁶ Palacios defende que seja criada uma “exceção de convencionalidade”, em que instância competente e superior possa revisar o juízo de convencionalidade ditado por juízes e tribunais (PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017. p. 1398).

inconvenção fosse suscitada.¹¹⁵⁷ Esse sistema alternativo daria a última palavra ao Judiciário, e evitaria a restauração sucessiva da discussão.¹¹⁵⁸ Para os que assim defendem, se não houver mecanismo de remessa previsto no sistema jurídico, as soluções possíveis estariam em realizar uma reforma constitucional ou legislativa, o que compatibilizaria o sistema interno com a doutrina do controle de convencionalidade. Enquanto a reforma não acontecesse, Sagüés defende, com base no art. 2 da CADH, que se deveria “reconhecer a todos os juízes aptidão para instrumentar o controle de convencionalidade (solução de ‘controle difuso’).” Alternativamente o autor sugere que se desenvolva pela via jurisprudencial algum mecanismo de remessa do processo ao órgão competente para realizar o controle de constitucionalidade, por analogia responsável também pelo controle de convencionalidade.¹¹⁵⁹

O sistema de reenvio trata-se de uma alternativa que privilegia a estabilidade decisória em detrimento de um processo construtivo dos significados das normas. Mas peca, por isso, por desconsiderar a capacidade da função administrativa e seus agentes de solucionar eficientemente os problemas, e apenas causa a ilusão de que uma decisão judicial, por ser terminativa, seria a melhor e mais correta decisão para garantia dos direitos humanos. Portanto, discorda-se da proposta de um sistema de consultas suspensivo de processos administrativos.

O problema de tal solução é priorizar a inconvenção da qual se desconfia. Até que o órgão competente para invalidar a norma seja provocado (geralmente um órgão judicial) e até que a controvérsia seja solucionada, o processo administrativo permaneceria suspenso ou aguardando um desfecho, invertendo o ônus da demora processual em desfavor do cidadão. Alternativa assim não é adequada, pois quando se trata de controle de convencionalidade sempre há um direito humano titularizado por alguém em discussão *direta* sobre uma norma convencional. Além disso, como registra Mello ao criticar solução análoga

¹¹⁵⁷ No controle jurisdicional de convencionalidade Ramírez sugere um sistema de consultas de convencionalidade a órgãos competentes – preferencialmente Tribunais de cúpula –, a exemplo do que já acontece em sistemas de controle de constitucionalidade. Tal sistema garantiria uniformização jurisprudencial sobre o significado dos direitos humanos nos sistemas jurídicos e contribuiria para o alcance do desejado *ius commune* convencional. (RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integración jurídica: emergencia de un nuevo derecho público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 582-583).

¹¹⁵⁸ No Peru, por exemplo, a Lei Orgânica do Poder Judiciário estabelece para o controle difuso de constitucionalidade um mecanismo de consultas de juízes à Sala Constitucional e Social da Corte Suprema de Justicia, que decidirá pela inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*. (SALAZAR, Elard R. Bolaños. Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa? **Administración Pública & Control**, n. 27, p. 66-72, mar. 2016. p. 67).

¹¹⁵⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 122.

para o controle de constitucionalidade pela Administração Pública, suspender o processo administrativo é a rigor suspender a aplicação da lei que se desconfia inconstitucional enquanto se provoca o Judiciário, o que é prejudicial porque “diferir a aplicação, seja da lei seja da Constituição, significa descumpri-la.”¹¹⁶⁰ Se “suspender” corresponde a “não aplicar”, tem-se resultado semelhante à recusa da aplicação por inconstitucionalidade, assim como seria em uma discussão sobre convencionalidade.

Embora os controles de constitucionalidade e convencionalidade sejam distintos, é possível a utilização de argumentos lógicos utilizados para permitir o controle de constitucionalidade pela função administrativa na defesa da competência análoga para o controle de convencionalidade. Nesse aspecto, igualmente como argumento para o exercício integral do controle de convencionalidade pelo Poder Público, Rodríguez invoca os fundamentos de voto vencido em acórdão da Suprema Corte de Justiça da Nação mexicana, datado do ano de 1941, proferido pelo então ministro Gabino Fraga.¹¹⁶¹

Embora o caso trate de controle de *constitucionalidade* de dispositivo sobre contrabando de lei aduaneira, e embora tenha sido vencido em favor da reserva jurisdicional da declaração de inconstitucionalidade, o que importa para esta tese são os argumentos trazidos pelo voto vencido: **(a)** todas as autoridades públicas têm o dever de ajustar atos à Constituição; **(b)** todas as autoridades públicas, e não só os juízes, têm o dever pessoal de negar aplicação de leis inconstitucionais que violam direitos fundamentais; **(c)** o Poder Executivo não se restringe a vetar uma lei por inconstitucionalidade, mas pode também deixar de aplicá-la por inconstitucionalidade; **(d)** a conservação da supremacia constitucional serve à preservação da integridade do sistema jurídico, motivo pelo qual compete a todas autoridades o controle de constitucionalidade.¹¹⁶² O ponto focal do voto, cujas lições se aproveitam na defesa do controle de convencionalidade pela função administrativa, está na sustentação de que “o Executivo não é somente um agente maquinal ou um instrumento que é cego perante a vontade do Legislativo, e, pelo contrário, de seu caráter de órgão de poder, e pela sua própria natureza de execução, se derivam as faculdades próprias de apreciação, discernimento e vontade, que fazem que o ato de execução seja inerente ao Poder Executivo, com

¹¹⁶⁰ MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 14.

¹¹⁶¹ RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 173.

¹¹⁶² RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 173-175.

características não formais, mas materiais, que o fazem distinto do Poder Legislativo.”¹¹⁶³ Com razão o autor, que não limita a competência de preservação dos tratados de direitos humanos a um único Poder de Estado, mas a expande para estender ao máximo o número de sujeitos responsáveis pela efetividade dos princípios do Estado Convencional de Direito.

2.2.2.9. Síntese dos argumentos favoráveis

O controle de convencionalidade nacional deve ser exercido no marco das competências de cada autoridade e nos limites do que cada ordenamento jurídico prevê. Assim decidiu a Corte IDH, em uma série de julgados da década de 2010, cuja leitura sistemática permite dizer que a jurisprudência da Corte IDH declarou a obrigação de todo órgão de Estado realizar o controle de convencionalidade *na esfera de suas competências e conforme as regulações processuais de cada país*.¹¹⁶⁴ É verdade que a Corte IDH não desenvolveu mais do que essa expressão, o que não significa que não tenha formado a partir do Caso Gelman vs. Uruguai um conjunto de decisões vinculantes com força de jurisprudência, que é fonte de Direito.

A expressão merece interpretação segundo os métodos de DIDH, especialmente o emprego do princípio *pro persona*. Nesse sentido, defende-se que a interpretação da corrente extensiva é a que melhor se adequa àqueles métodos, porque mais benéfica à proteção dos direitos humanos.

As posições contrárias à corrente extensiva que se agarram na teoria de separação dos poderes estrita são conservadoras e inadvertidamente espelham simetricamente o paradigma do controle de constitucionalidade, cujos pressupostos teóricos são apenas em parte aproveitáveis no controle de convencionalidade. Diferentemente da tradição inaugurada pelo *judicial review*, o controle de convencionalidade não comunga das restrições da competência invalidadora ao Poder Judiciário. Por outro lado, diferentemente do controle de constitucionalidade, nada no ordenamento jurídico brasileiro direciona a declaração de inconvencionalidade exclusivamente ao Judiciário.

¹¹⁶³ RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 174.

¹¹⁶⁴ CORTE IDH. Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia. Sentença de 30 nov. 2012. § 142, nota 193; CORTE IDH. Caso Mendonza e outros vs. Argentina. Sentença de 13 maio 2013. § 221; CORTE IDH. Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana. Sentença de 28 ago. 2014. § 471; CORTE IDH. Caso López Lone e outros vs. Honduras. Sentença de 5 out. 2015. § 307; CORTE IDH. Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras. Sentença de 8 out. 2015. § 346.

Ao lado disso, uma interpretação *pro persona*, voltada à máxima eficácia das normas de direitos humanos, orienta a expansão do controle de convencionalidade nacional e da declaração de inconvencionalidade de normas e práticas quando for o caso – com seus respectivos efeitos de invalidação e/ou não aplicação – a todos os órgãos ou Poderes de Estado. Sem que a norma inconvencional seja mantida e aplicada até uma demorada e custosa atuação do Poder Judiciário. Não à toa a Corte IDH direcionou sua própria jurisprudência a mudanças no que toca a autoridade estatal destinatária do dever de controle: dos juízes à toda autoridade estatal, de qualquer Poder.¹¹⁶⁵

Defende-se uma competência ampla de controle à função administrativa, que não se limite à interpretação das normas aplicáveis segundo os tratados de direitos humanos. Como se detalhará à frente, no ordenamento jurídico brasileiro, limitar a atuação da função administrativa à mera interpretação convencionalmente adequada é nivelar por baixo as competências estatais a ela reconhecidas. Interpretar uma norma conforme um direito humano é o mínimo que todo agente integrante de todo Poder de Estado deve fazer, e como será à frente identificado, é uma modalidade importante de controle de convencionalidade na medida em que a interpretação *seleciona* leituras válidas e inválidas de uma determinada norma jurídica. Controlar a convencionalidade de uma norma invalidando-a para preservar e garantir um direito humano, é o máximo. E o máximo é o que se espera de todos os Poderes de Estado em favor dos direitos humanos.

Assim, a posição intermediária, que visa conciliar o princípio da legalidade com uma modalidade tímida de controle de convencionalidade nacional pela função administrativa – não invalidadora - quando não há competência expressa no ordenamento jurídico, deve ser vista com ressalvas.¹¹⁶⁶ O argumento, como visto, interdita o controle de convencionalidade

¹¹⁶⁵ As decisões da Corte IDH não estão isentas de críticas, e frequentemente o tribunal é admoestado pela postura por demais incisiva na soberania dos Estados. Segundo Contesse, do ponto de vista internacional a própria Corte IDH obteria resultados melhores de adesão à sua jurisprudência se buscasse internalizá-la nos Estados via atuação dos poderes internos. “Um entendimento que projete uma corte regional com poderes significativos, mas limitados, fará mais para realçar a legitimidade da Corte Interamericana.” (CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1183). Dulitzsky, embora entusiasta do controle de convencionalidade, ao defender maior liberdade aos juízes nacionais insta-os, nas suas palavras, a não preservar “fé messiânica” na jurisprudência da Corte (DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *et al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 553-554).

¹¹⁶⁶ Ramírez e Sánchez defendem que juízes e tribunais que porventura careçam da competência para exercer o controle de convencionalidade devem, apesar disso, “observar e aplicar os tratados internacionais em matéria de direitos humanos.” RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Mexico-DF, n. 29, p. 163-218, jul./dez., 2013. p. 213.

na falta de lei, mas o admite quando há competência invalidadora no sistema jurídico para controle de constitucionalidade. Novamente toma-se como paradigma o controle de constitucionalidade para definir as competências processuais dos atores estatais. Mas essa interpretação em prol do princípio da legalidade é contraproducente e negatória do princípio *pro persona*, pois interdita autoridades públicas de invalidar ou não aplicar normas sabidamente inconvenções por razões formais incoerentes, como também interdita implicitamente a atuação com fundamento direto no bloco de convencionalidade. Mitigar os problemas da ausência de competência invalidadora afirmando que cabe aos juízes (e outras autoridades) apenas “observar e aplicar os tratados internacionais em matéria de direitos humanos” não é suficiente. Pois haverá situações em que aplicar o tratado significará não aplicar ou invalidar uma norma nacional, o que consiste, ainda que camufladamente, em controle de convencionalidade na medida em que se nega a aplicação de norma contrária à CADH.

Em conclusão, e a favor da corrente extensiva de controle de convencionalidade, sustenta-se o seguinte: **(i)** o exercício do controle de convencionalidade por qualquer função estatal, qualquer órgão estatal, qualquer agente público estatal, é dever derivado da CADH (arts. 1 e 2), conforme jurisprudência da Corte IDH; **(ii)** a jurisprudência da Corte IDH não define com precisão todos os contornos da técnica a ser praticada por todas as funções, inclusive a administrativa, porque não poderia fazê-lo, sob pena de invadir em demasia e exageradamente esfera soberana dos Estados para regular os procedimentos de manifestação de competências de seus diversos órgãos; **(iii)** o controle de convencionalidade pela função administrativa não pode ser arbitrário, o que impulsionaria as críticas de insegurança jurídica que acompanhariam sua autorização expansiva. Ele demanda, idealmente, regulação constitucional e legal. Porém, enquanto a regulação inexistente, cada autoridade pública tem o dever de realizá-lo, com cautela e nos limites de suas competências funcionais e decisórias, independentemente de previsão normativa expressa; **(iv)** a corrente extensiva de interpretação dos destinatários do controle de convencionalidade é que melhor privilegia a aplicação e efetividade da CADH e de outros direitos humanos previstos em tratados, condizente portanto com o princípio *pro persona*, e que alarga a todas as esferas concretas de atuação estatal a primazia dos direitos humanos – sem limitá-la ao Judiciário, quando geralmente o dano ou a ameaça de lesão já foi produzida; **(v)** a separação dos poderes como teoria e como norma não é empecilho para o controle de convencionalidade pela função administrativa. A teoria não é imutável, como não é a interpretação da norma, de forma que a relativização de uma visão histórica rígida da separação de poderes é mais adequada para os propósitos de efetivação dos

direitos humanos, que constituem obrigações de resultado aos Estados. Nesse ponto, apesar da reinterpretação da teoria da separação de poderes para a realidade brasileira, não há uma exclusão do Poder Judiciário para apreciação de causas em que houve controle de convencionalidade nacional pela função administrativa.

Uma vez provocado, é legítimo que o Judiciário processe e julgue causas para o fim de definir se houve (ou não) bom exercício do controle de convencionalidade pela função administrativa, desde que respeite nesse aspecto a jurisprudência da Corte IDH (ou faça a respectiva distinção, como se verá) e desde que atue a fim de dar cumprimento às condenações definitivas contra o Brasil. Não depender, mas sempre contar com a atuação jurisdicional é a maior força da tese do controle de convencionalidade pela função administrativa, que sem intermediários pode, diretamente pela via de seus atos e processos administrativos, concretizar os direitos humanos sob o signo do princípio *pro persona*.

2.3. Proposta de modelo de controle de convencionalidade exercido por autoridades administrativas

O subcapítulo buscará propor um regime jurídico de exercício do controle de convencionalidade pela função administrativa enquanto inexistente regulação nacional da técnica. Defende-se que conquanto a lei não possa proibir o controle de convencionalidade, o que significaria uma violação à CADH e à lógica de incidência das normas de tratados de direitos humanos segundo o DIDH, ela pode regular no espaço de soberania de cada Estado, limitando ou conduzindo, o exercício de controle de convencionalidade nacional.

Porém, até o momento o constituinte derivado ou o legislador brasileiro não regulamentaram a técnica. Nesse contexto, um dos objetivos da tese também é propor um modelo de exercício de controle que compatibilize o princípio da segurança jurídica com a declaração de inconveniência pela Administração Pública, sem que o controle de convencionalidade nacional signifique uma tomada de decisão administrativa arbitrária. A gravidade de uma declaração de inconveniência, sobretudo de norma constitucional ou lei produzida democraticamente pelo Poder Legislativo, exige a previsibilidade mínima sobre o procedimento administrativo para sua enunciação e certeza dos efeitos que provoca para cada modalidade.

A exposição que se segue toma como base para proposta do regime jurídico de controle o critério interpretativo *pro persona*, em busca da máxima efetividade dos direitos humanos no exercício da função administrativa, uma vez que não há até o momento

parâmetros objetivos de como se realiza o controle de convencionalidade no Brasil. O critério *pro persona* visa dar a maior extensão possível à concretização dos direitos humanos, interpretando as normas de modo a permitir a maior proteção ou menor restrição possível, a depender da natureza ampliativa ou restritiva da atuação estatal administrativa. Sendo o controle de convencionalidade uma técnica extraída da jurisprudência da Corte IDH, sua aplicação e operacionalização devem ser guiadas a partir dos mesmos pressupostos interpretativos que o critério *pro persona* indicaria para qualquer outra norma convencional.

A proposta de sistematização de um regime jurídico pela via do estudo do controle de convencionalidade deve reparar a sensação de insegurança que sua aplicação temerária e atécnica provocam.¹¹⁶⁷ Adiante se buscará contribuir com a proposta de uma sistematização da técnica pela função administrativa, com identificação das autoridades responsáveis pelo controle de convencionalidade, seu procedimento e alcance em processos administrativos, e seus efeitos quando exercido por órgãos administrativos no exercício da mesma função.

2.3.1. Competência para o exercício do controle de convencionalidade por autoridades administrativas com poder decisório

Defende-se que todos os entes federativos têm o dever de realizar no âmbito de suas competências o controle de convencionalidade nacional. Não é porque a União representa o país nas relações internacionais que a ela é limitado o uso da técnica. O art. 28 da CADH¹¹⁶⁸, a “cláusula federal”, obriga o cumprimento dos direitos humanos convencionais independentemente da forma de Estado adotada e do grau de autonomia dos entes federados. Todos os entes e órgãos estatais estão obrigados aos tratados de direitos humanos,¹¹⁶⁹ e por isso todos devem no exercício de todas as funções, inclusive a administrativa, controlar a convencionalidade de normas e práticas que se mostrem contrárias aos tratados. As administrações públicas diretas e indiretas de todos os entes, União, Estados, Distrito Federal

¹¹⁶⁷ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 561.

¹¹⁶⁸ (CADH) “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.”

¹¹⁶⁹ HITTERS, Juan Carlos. El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional. Cláusula Federal). **Estudios constitucionales**, a. 10, n. 2, p. 535-574, 2012. p. 549/571.

e Municípios, não podem se escusar do controle de convencionalidade sob o fundamento de autonomia federativa, pois a CADH impede a invocação do federalismo para descumprir normas convencionais. A doutrina controle de convencionalidade provoca inevitavelmente alterações jurídicas nos ordenamentos do continente americano, o que não pode ser freado, mas enfrentado. Nesse cenário, Armin von Bogdandy sustenta que “O desafio consiste em ajustar cuidadosamente a dinâmica transformadora à estrutura institucional e à distribuição de competências em nível estatal.”¹¹⁷⁰

De outro lado, defende-se que não há limitação à chefia do Poder Executivo para controle de convencionalidade ou determinação para que subordinados repliquem sua decisão invalidadora de normas e práticas. O controle de convencionalidade transforma o controle vertical na Administração Pública em controle horizontal, em que todo órgão *com competência decisória* tem o dever de verificar a compatibilidade de seus atos e decisões com os tratados de direitos humanos. Não mais só o superior hierárquico ou a chefia do Poder do Estado tem competência supletiva ou invalidadora diante de uma omissão inconvenção ou incompatibilidade com normas convencionais, mas toda autoridade administrativa.¹¹⁷¹

O conceito de autoridade está previsto na Lei Federal de Processo Administrativo, Lei n. 9.784/99, que define como autoridade “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.”¹¹⁷² Apesar de inaplicável aos demais entes federativos, a lei empresta conceito útil de autoridade administrativa ao defini-la como agente público com competência decisória, o que é válido para qualquer esfera federativa. A identificação concreta da autoridade com competência decisória dependerá das demais leis e atos normativos reguladores da matéria enfrentada em procedimento ou processo administrativo.

É preciso registrar ainda que, por vezes quem terá competência decisória será um órgão colegiado, composto por mais de uma autoridade e responsável pela emissão de um ato decisório complexo. O fundamental, nesses termos, é compreender como competente para

¹¹⁷⁰ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015. p. 48.

¹¹⁷¹ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 43.

¹¹⁷² (Lei n. 9.784/99) “Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. § 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa. § 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: (...) III - *autoridade* - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.” (Grifos ausentes no original).

controlar a convencionalidade qualquer agente público ou órgão colegiado dotado juridicamente de alguma competência para decidir no exercício da função administrativa.

Na contemporaneidade, não há uma única Administração Pública que trabalha de modo uniforme. A função administrativa acontece em vários setores e áreas, a ponto de ser classificada como complexa.¹¹⁷³ Há muitos órgãos, inclusive alocados fora da estrutura rígida dos três Poderes, com competência decisória e responsáveis pela aplicação das normas de todos os níveis hierárquicos e concretização dos objetivos da República do art. 3º da CF.¹¹⁷⁴ Vários desses órgãos são autônomos, como os tribunais de contas, que igualmente devem concretizar direitos humanos convencionais. A jurisprudência da Corte IDH, especialmente desde o Caso Gelman segundo Hernández-Mendible, registra que “a expressão Estado é empregada [...] para se referir a todos os órgãos que exercem as distintas funções do Poder Público e igualmente todas as autoridades estatais, é dizer, aquelas que não integram o Poder Público ou que são consideradas extra-poder pela sua localização constitucional, mas que exercem autoridade dentro da organização do Estado.”¹¹⁷⁵

Portanto, na análise do controle de convencionalidade pela Administração Pública se observa a atuação precípua do Poder Executivo, mas também de “toda autoridade ou órgão que tenha a seu cargo por em prática as leis, administrar os recursos públicos e (...) desenhar, por em marcha e organizar o conjunto de políticas públicas no Estado”.¹¹⁷⁶ Pois exercem, em última instância, função administrativa. Se em regra essa função é conceituada como aquela “*desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*”¹¹⁷⁷, à definição agora se acresce também a sujeição às convenções de direitos humanos. O que se impõe igualmente a órgãos autônomos como, exemplificadamente, Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunais de Contas.

¹¹⁷³ JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 38.

¹¹⁷⁴ (Constituição Federal) “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹¹⁷⁵ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad y la Administración Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 652.

¹¹⁷⁶ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 115.

¹¹⁷⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 36.

Não há razão para sob a perspectiva interpretativa do *pro persona* limitar o controle de convencionalidade ao Chefe do Poder Executivo. Sequer existe, lembre-se, norma análoga à cláusula de reserva de plenário para declaração judicial de inconstitucionalidade quando se trata de controle de convencionalidade. Não existe, enquanto não reguladas em lei as técnicas próprias à convencionalidade, uma limitação à proteção de direitos humanos. E onde ela não existe, não cabe invocá-la. Não há motivo, em suma, para limitar a técnica de controle de convencionalidade à perspectiva hierarquizante rígida da Administração Pública. O que não significa, é importante consignar, abandono da noção de hierarquia na estrutura da Administração Pública.¹¹⁷⁸

Todo agente público com competência decisória pode controlar a convencionalidade de normas e práticas, mas suas decisões estão sujeitas à reforma e controle de juridicidade de seus hierarcas e do Poder Judiciário. No curso de um processo administrativo, segundo as regras de tramitação próprias de cada esfera federativa e de cada matéria debaixo da função administrativa, a avocação de competências, a autotutela e a prerrogativa decisória em grau de recurso garantem o *controle do controle* de convencionalidade. Ou seja, as técnicas de garantia da juridicidade e da preservação da hierarquia garantem a fiscalização acerca do fiel emprego daquela que é uma competência garantida a todos os membros do Estado por força da CADH.

É verdade que o modelo que expande os responsáveis pelo controle de convencionalidade nacional multiplica as interpretações possíveis e potencializa decisões conflitantes entre si. Mas, novamente com Dulitzky, essas contradições “ao invés de expressar patologias, equívocos, ou efeitos colaterais infelizes da proliferação dos intérpretes interamericanos, refletem na verdade os diferentes contextos políticos nos quais a Corte Interamericana e os juízes nacionais perseguem seus diferentes interesses institucionais e objetivos.”¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁸ É importante, todavia, registrar a denúncia de Bitencourt Neto da hierarquia como legado do Estado Liberal e sua posição sobre a necessidade da concertação interorgânica na contemporaneidade. O autor desfaz qualquer ingenuidade dos intérpretes sobre a noção de hierarquia na Administração Pública contemporânea: “Nesse contexto, a ideia de uma unidade da Administração Pública, pressupondo uma homogeneidade interna, cede espaço à constatação de que estando confiadas às estruturas internas da Administração a tutela de múltiplos, distintos, e muitas vezes conflitantes interesses públicos, tem-se, como consequência, uma organização administrativa intrassubjetiva plural. E tal pluralidade gera relações de tensão e conflitualidade, o que aponta para a relevância de uma institucionalização da concertação interorgânica.” (BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 169).

¹¹⁷⁹ “O modelo integrativo considera uma visão pluralista dos intérpretes interamericanos usando a Convenção Americana.” (DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 84).

Dulitzky sustenta seu modelo de direitos humanos “como um espaço para disputas políticas onde a pluralidade de atores interessados possuem muitos elementos em jogo e no qual a Corte os tribunais domésticos negociam suas relações.”¹¹⁸⁰ Hierarquia cega e divisão rígida de funções não se adequam ao modelo de integração decisória, no qual tanto os atores quando as normas por eles aplicáveis, nacionais e internacionais, “competem por autoridade”.¹¹⁸¹ Esse argumento vale também para o controle de convencionalidade nacional no exercício da função administrativa, em que uma multiplicidade de agentes com competência decisória contribui para sucessivas e concorrentes interpretações e visões acerca de normas que, sob o critério *pro persona*, aperfeiçoam a atuação estatal não em um modelo cem por cento seguro sobre seus resultados, mas direcionado à melhoria das condições de vida segundo os enunciados normativos do bloco de convencionalidade. Há, por isso, o desapego de uma noção *dura* de hierarquia no paradigma normativo convencional. Nesse mesmo sentido, Eurico Bitencourt Neto registra, ao mesmo tempo que ressalta a característica reguladora da Administração Pública contemporânea, a necessidade de superação do dogma da “concepção radical da unidade e da hierarquia” no Direito Administrativo.¹¹⁸²

Repita-se: no modelo proposto isso não significa *abandono* da hierarquia, preservada no curso do controle de convencionalidade processual para a competência decisória do procedimento administrativo. Mas não se confunde com atendimento cego a normas de hierarquia superior, que fazem muitas vezes as autoridades com competência decisória meros autômatos de normas inconventionais.¹¹⁸³

A convencionalidade compreende como legítima a supressão de omissões inconventionais e a invalidação de normas (constitucionais, legais e administrativas) e práticas inconventionais por autoridades administrativas de hierarquia inferior quando elas, motivadamente, constatem sua contrariedade perante a CADH ou normas integrantes do

¹¹⁸⁰ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 85.

¹¹⁸¹ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 85.

¹¹⁸² BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 209

¹¹⁸³ Nesse contexto, também Bitencourt Neto propõe o modelo de concertação administrativa interorgânica, que poderia ser aplicado para resolver questões afetas a direitos humanos e convenções internacionais. A proposta envolve “a relação entre dois ou mais órgãos administrativos despersonalizados que, no exercício de suas competências, no âmbito da função administrativa do Estado, visam uma atuação pactuada.” Cf. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 207 e ss.

corpus iuris interamericano.¹¹⁸⁴ A convencionalidade obriga repensar a obediência hierárquica cega na Administração Pública, embora não seja incompatível com a hierarquia da estrutura administrativa.

O atual paradigma que permite recusar o cumprimento de ordens ou normas superiores apenas quando manifestamente ilegais¹¹⁸⁵ limita a desobediência aos casos raros de antijuridicidades patentes. Isso, porém, restringe indevidamente a aplicação das normas convencionais e inviabiliza o dever de todos os órgãos administrativos, em qualquer caso, realizar controle de convencionalidade – inclusive naqueles em que não há uma incompatibilidade tão manifesta a ponto de saltar aos olhos. A doutrina que permite a desobediência apenas no caso de *manifesta* ilegalidade peca por focar apenas na responsabilização do agente público, e ignora de modo displicente o dever de “por em foco o cidadão, seus direitos e garantias violados pela aplicação de uma ordem ou um regulamento ou um ato ilegal, irrazoável ou arbitrário, inconstitucional ou inconvenicional.”¹¹⁸⁶

Seria o exemplo do caso de Chefe de Poder Executivo municipal que editasse norma ou assinasse contrato para terceirização da tarefa de desalojamento de usuários de droga de praça municipal, determinando para isso o uso de jatos d’água para desalojar à força os cidadãos do local.¹¹⁸⁷ Essa seria ordem respaldada em norma ou cláusula contratual avalizada pelo Chefe do Poder Executivo, mas que à luz dos direitos convencionais titularizados pelos usuários de entorpecentes poderia ser legitimamente descumprida pelos servidores públicos municipais responsáveis pela sua execução. Poderia, assim, o Secretário de Segurança Pública ou o comandante da Guarda Municipal responsável pela operação e com competências decisórias declarar *inconvenicional* a norma ou a cláusula contratual que permite o ato material de desalojamento, ou o próprio comando superior, inviabilizando a conduta. Por evidente que haveria consequências políticas, porém do ponto de vista jurídico a declaração de inconvenicionalidade pelo inferior hierárquico é válida e não pode prejudicar o emissário que a

¹¹⁸⁴ “O órgão inferior não poderia derrogar o regulamento, em virtude do princípio do paralelismo das fontes, mas poderia não o aplicar, ou se for o caso, reinterpretá-lo no caso concreto.” (ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 41).

¹¹⁸⁵ A exemplo do que consta no art. 116, IV do Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei n. 8.112/90): “Art. 116. São deveres do servidor: (...) IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais.”

¹¹⁸⁶ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 42-43.

¹¹⁸⁷ O caso aconteceu no Município de São Paulo, em que empresa privada foi contratada para desocupar a Praça da Sé de moradores de rua: EXAME. “Moradores de rua em SP são acordados com jatos de água, diz CBN”, Valéria Bretas, publicado em 19 jul. 2017. Disponível em: < <https://exame.com/brasil/moradores-de-rua-em-sp-sao-acordados-com-jatos-de-agua-diz-cbn/> >. Acesso em 14 nov. 2023.

declarou motivadamente, ainda que fosse autoridade de nível inferior. A hierarquia administrativa ficaria preservada na medida em que a empresa contratada ou qualquer interessado poderiam reclamar ou recorrer ao próprio Chefe do Poder Executivo, cuja decisão posterior se imporia por ser ele o hierarca. Ao contrário do que se poderia argumentar, a medida não seria inútil nem contraditória, já que ao menos obrigaria o hierarca decidir mediante contraposição à motivação daquela autoridade que inicialmente declarara a inconvenção, gerando assim um processo argumentativo benéfico aos direitos humanos, senão mesmo a reversão via anulação daquela norma, contrato ou comando pela própria autoridade superior, agora mais bem informada ou subsidiada.

Não se trata de mera aplicação de normas de direitos humanos, mas efetivo controle, com efeitos próprios. Aplicar normas convencionais é um dever de toda autoridade pública em relação “à sua própria conduta: conduzir-se, pessoalmente, segundo os termos estabelecidos pelas disposições jurídicas.”¹¹⁸⁸ Já o controle de convencionalidade exercido por aquelas mesmas autoridades públicas é diferente, pois diz respeito a uma obrigação jurídica que “se exerce em relação com um terceiro, o ‘sujeito controlado’, cujos atos examina o ‘sujeito controlador’ para verificar a conformidade entre esses atos e os mandamentos de DIDH”.¹¹⁸⁹ Nessa linha, para essa tese não há eufemismos ou categorias intermediárias. O que fazem as autoridades administrativas diante de omissões, normas ou práticas contrárias aos direitos humanos é controlar a convencionalidade; suprimindo a omissão com base diretamente no bloco de convencionalidade ou, no controle repressivo, declarando inválidas normas ou práticas por inconvenção. O que, para nesta tese na hipótese de controle de convencionalidade repressivo, é sinônimo de “afastamento”, “inaplicação” ou “não aplicação” de normas ou práticas. Não há lugar no controle de convencionalidade que afeta o plano da validade para distinções que em última instância só querem limitar a incidência de normas de tratados e jurisprudência internacional que devem ser lidas de modo a maximizar a proteção dos direitos humanos.

Entende-se que as distinções de nomenclatura no controle de convencionalidade se prestam apenas à reserva de prerrogativas procedimentais para certos órgãos estatais no exercício da competência controladora de convencionalidade, com o pretexto de manter uma noção hierarquizante da interpretação e aplicação de normas que transforma a maioria dos

¹¹⁸⁸ RAMÍREZ, Sergio García. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento constitucional**, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016. p. 174.

¹¹⁸⁹ RAMÍREZ, Sergio García. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento constitucional**, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016. p. 174.

agentes públicos com competência decisória em autômatos que priorizam o manejo normativo mecânico e não a finalidade protetiva de normas de direitos humanos.

Para demonstrar o que foi dito, serão discutidas abaixo as propostas de parte da doutrina que buscam resguardar prerrogativa de controle a certos órgãos estatais. E, após a demonstração de seus argumentos, serão demonstrados os motivos pelos quais não se sustentam diante da interpretação sistemática do ordenamento jurídico à luz do princípio *pro persona*.

Mazzuoli, como já apresentado no capítulo 1, diferencia o controle de convencionalidade (invalidador de normas) daquilo que chama de aferição de convencionalidade (não invalidadora, mas demonstrativa da presença de inconvenção). A distinção é apresentada pelo autor a fim de preservar uma reserva de invalidação ao Poder Judiciário¹¹⁹⁰ e a outras instituições com assento constitucional, relegando a outros órgãos da função administrativa um papel secundário de preparação para o juízo de inconvenção dos que na sua visão seriam os verdadeiros protagonistas do sistema. A classificação do autor fica mais clara em obra coletiva escrita, quando o autor juntamente com Faria e Oliveira indica que a partir dos tratados de direitos humanos surgem duas condutas impositivas aos órgãos de Estado, das quais o *exame de convencionalidade* seria gênero, e a *aferição e controle de convencionalidade* seriam espécies. A aferição seria a análise de convencionalidade de norma que não implicaria em invalidação¹¹⁹¹, embora nunca mencionada como técnica pela Corte IDH.¹¹⁹² Segundo os autores, mesmo assim a expressão “aferição de convencionalidade” poderia “ser abstraída do conjunto de suas decisões. Trata-se, em verdade, de um *plus* decisório e consectário lógico do dever que todos os órgãos do Estado têm de examinar a convencionalidade das leis, no âmbito de suas respectivas competências e dos regulamentos processuais correspondentes.”¹¹⁹³ Já na espécie controle de convencionalidade nacional (difuso, na terminologia empregada pelos autores) haveria um reconhecimento de invalidade da norma, com sua consequente inaplicação e retirada de efeitos jurídicos. E, por fim, no controle de convencionalidade internacional (concentrado, para os autores) “os órgãos do sistema da justiça depuram a ordem jurídica interna (com

¹¹⁹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 51-53.

¹¹⁹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 14/25.

¹¹⁹² LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Derechos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 41.

¹¹⁹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 15.

efeitos jurídicos *erga omnes*) expurgando a validade da norma declarada inconvencional.”¹¹⁹⁴ Os autores enquadram a atuação dos diversos órgãos estatais brasileiros em categorias distintas, a partir também de distintos critérios. Por exemplo, em relação à Polícia Judiciária Civil, entendem que pelo fato de não poder *invalidar* normas, os delegados apenas *afeririam* a convencionalidade de normas, sem realizar controle. Já o Ministério Público, além de aferir a convencionalidade¹¹⁹⁵, também teria o privilegiado papel de *controlar* a convencionalidade extraprocessualmente e processualmente.¹¹⁹⁶

Os autores entendem a instituição ministerial como “agente de transformação social”, “verdadeiro *protagonista* do exame de convencionalidade das normas do direito interno”,¹¹⁹⁷ segundo eles o único órgão de Estado no Brasil alocado fora do Judiciário que teria como função institucional o exercício do controle de convencionalidade, uma vez que tem como missão a “defesa da ordem jurídica”, prevista no art. 127 da Constituição.¹¹⁹⁸ Defendem que a instituição “carrega em seu espírito a responsabilidade de vivificar os interesses e valores mais caros à sociedade”, e que seria dever do Ministério Público inclusive “aprimorar a

¹¹⁹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 15.

¹¹⁹⁵ Segundo Mazzuoli, Faria e Oliveira, nos casos em que o Ministério Público afere convencionalidade, “o controle dessa convencionalidade ficará a cargo do Poder Judiciário, com a fiscalização *ultima ratio* da compatibilidade normativa entre a norma interna e o tratado internacional paradigma.” Haveria mera aferição de convencionalidade pelo Ministério Público quando, provocado e por força do que está previsto em lei, ele é chamado a interferir na produção de decisões em processos de terceiros. A aferição deve, para os autores, acontecer de ofício, mesmo que as partes não discutam a convencionalidade de norma, mas o Ministério Público perceba pela sua necessidade. Haveria aferição de convencionalidade por provocação na ação civil pública, na ação popular e nas hipóteses em que o Ministério Público é chamado a emitir opinião jurídica em processos em que se aplica o CPC, em *habeas corpus*, em mandado de segurança, em ação de desapropriação para reforma agrária, em ação de alimentos, em casos registrais, na mediação da Lei nº 13.140/15, em ação penal privada e execuções penais. Em todas essas hipóteses a aferição de convencionalidade pelo Ministério Público garantiria a aplicação o mais ampla possível dos tratados de direitos humanos. Ainda, o Ministério Público faria aferição da convencionalidade por sua iniciativa quando propõe via PGR ações de controle concentrado. Assim teria feito ao ajuizar a ADPF 182 (que perdeu objeto após edição da Lei nº 12.470/11), ao ajuizar a ADI 4424/DF com fundamento no art. 7º da Convenção de Belém do Pará, e também na ADPF 460 em que se utilizou o art. 1º do PIDCP. Faz aferição também, mas por provocação, quando atua como *custos juris* em ações de controle concentrado no STF. Assim teria feito no parecer da ADPF 109 sobre amianto, na ADPF 320 sobre a lei de anistia, na ADI 5240 sobre audiência de custódias, e na ADPF 347 sobre o estado inconstitucional de coisas em presídios, por exemplo. Quando o Ministério Público expede recomendações administrativas (notificações recomendatórias) com fundamento no art. 6º, XX da LC 76/1993 e art. 26, VII da Lei nº 8.625/1993 ele também teria o dever de aferir a convencionalidade de normas com base em tratados de direitos humanos. As notificações servirão para recomendar a adequação de órgãos aos tratados mediante alteração, revogação ou modificação de atos inconvencionais, sem prejuízo de sugestões de melhorias e adequações de serviços públicos aos direitos humanos. Para os autores, o “não acolhimento à advertência ministerial configura *dolo* do agente em transgredir a ordem prevista no tratado internalizado.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21-73).

¹¹⁹⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 12.

¹¹⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 17/20.

¹¹⁹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 84.

utilização do seu aparato de intervenção extrajudicial, sobretudo como agente político *longa manus* do Estado, engajado na missão de transformador social”.¹¹⁹⁹ Para os autores, o Ministério Público estaria entre esses órgãos autorizados a controlar (e não só *aferir* convencionalidade), e teria um papel de destaque nesse exercício, porque “o cerne da instituição ministerial o diferencia em essência dos demais órgãos integrantes do sistema de justiça, por ser o *Parquet* o único núcleo de controle de convencionalidade cuja função institucional consiste, destacadamente, no *próprio controle* convencional, como dever embutido na sua missão constitucional de ‘defesa da ordem jurídica’ (CF, art. 127).”¹²⁰⁰ Como as atribuições do Ministério Público são amplas, a instituição teria ainda a incumbência de realizar controle de convencionalidade sobre *qualquer assunto*. Assim, haveria segundo os autores controle de convencionalidade pelo Ministério Público “quando a decisão sobre a deflagração de uma atividade funcional típica – baseada em tratados de direitos humanos em vigor – tiver por pressuposto e justificativa a *própria realização* desse controle”, quando “ocorre a efetiva adoção de uma atividade institucional própria e autônoma do Ministério Público, capaz de interferir na situação jurídica de terceiros.”¹²⁰¹ Ainda segundo os autores, isso corresponderia à externalização da soberania nacional conjugada com a independência funcional do membro do Ministério Público.¹²⁰²

Em determinado trecho, porém, observa-se a enunciação de um critério classificatório diferente para o controle de convencionalidade, que não coincide com a invalidação de normas. Há na obra, constata-se, um alargamento do conjunto classificatório. Segundo os autores, ao justificar a técnica para o Ministério Público, “o controle de convencionalidade (...) não é apenas aquele que reflete a *supressão definitiva* da norma tida por inconveniente, senão também o que *pauta a atividade funcional de cada instituição* segundo as normativas convencionais sobre a legislação interna.”¹²⁰³ Ao invés da invalidação

¹¹⁹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 17/27.

¹²⁰⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 84.

¹²⁰¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 79/84.

¹²⁰² “Em outras palavras, no cenário de controle de convencionalidade o Ministério Público – após a análise da situação concretamente apresentada, encarnando a parcela de soberania estatal que lhe compete – irradia uma atividade funcional própria, mas em nome do Estado, baseada no seu entendimento privativo e independente de invalidade da norma tida por inconveniente.” “Denota-se, portanto, que o controle de convencionalidade realizado pelo Ministério Público reflete diretamente no seu posicionamento jurídico-institucional com relação ao caso concreto sobre o qual a sua análise recai.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 80-81).

¹²⁰³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 81.

normativa, o critério de realização de controle de convencionalidade passa a ser, segundo os autores, “a resolução da equação normativa a que se adiciona o direito convencional.”¹²⁰⁴ A expressão parece se confundir com o dever de interpretação convencionalmente adequada, ou com a harmonização de disposições normativas. O trecho conclusivo é elucidativo: “Pode-se dizer, portanto, que o Ministério Público – como instituição permanente do Estado – efetivamente *realiza* o controle de convencionalidade das leis (trata-se, portanto, de *controle próprio*) quando a sua própria atividade institucional se afigura literalmente *controlada* pelas normas internacionais de proteção dos direitos humanos.”¹²⁰⁵

Segundo eles, esse controle seria intrainstitucional¹²⁰⁶ quando limitado à instituição ministerial.¹²⁰⁷ Mas poderia ser ainda interinstitucional quando houvesse encadeamento de atuação do Ministério Público com outros órgãos de outros Poderes para fins de controle de convencionalidade. Seria apenas porque o sistema de justiça é maior do que uma única instituição que o Ministério Público dependeria, para o exercício do controle, de um encadeamento *interinstitucional* com outros Poderes e órgãos para confirmar a convencionalidade ou inconvencionalidade uma norma. Seriam, segundo os estudiosos citados, diversos “núcleos de controle de convencionalidade” que, acionados, se envolveriam em interações interinstitucionais para realização do controle. Ou seja, nessa perspectiva órgãos de instituições diferentes realizam controle, já que “o controle de convencionalidade, em regra, não se exaure na prática de um ato isolado, a cargo de um único órgão ou instituição

¹²⁰⁴ O trecho na íntegra é o seguinte: “Destaca-se que quando se realiza o controle difuso de convencionalidade pelo Ministério Público, não há retirada da eficácia norma e a decisão da causa – agora no âmbito do Poder Judiciário – não tem como objeto propriamente a inconvencionalidade da lei, o que não significa que não tenha havido *controle* de convencionalidade ministerial na propositura da ação, pois o mister do poder controlador tem como pressuposto a resolução da equação normativa a que se adiciona o direito convencional.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 99).

¹²⁰⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 82.

¹²⁰⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 85-88.

¹²⁰⁷ Há, por exemplo e segundo os autores, controle de convencionalidade intrainstitucional (antes ou depois de ajuizada ação) quando o Ministério Público firma compromisso de ajustamento de conduta que adequa a conduta de terceiros aos tratados de direitos humanos. “Nesse sentido, pode o órgão ministerial exigir o cumprimento de obrigações dispostas no plano internacional que não estejam sendo efetivamente observadas ou, ao contrário, exigir que se suspenda a realização de ações que, embora amparadas na legislação interna, não encontrem adequação no plano dos tratados internacionais sobre direitos humanos.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 104). Aqui, no entanto, parece haver uma imprecisão. Porque não há controle ao firmar TAC. O TAC é instrumento negocial, com natureza de negócio jurídico. Não pode o MP *exigir*, como parece assumirem os autores, o ajustamento de conduta na forma de TAC, pois isso acarretaria negócio jurídico viciado. Além disso, não pode haver controle de convencionalidade na assinatura de TAC, pois há meramente um reconhecimento, possível, de que uma conduta é inconvencional, e uma vontade conjunta direcionada à correção dos rumos em nome dos direitos humanos previstos em tratado. Controle propriamente dito não há.

controladora.”¹²⁰⁸ O argumento é sintetizado assim: “Não se pode, portanto, pensar que *não haveria* controle de convencionalidade pelo Ministério Público no caso de a demanda por ele proposta depender de apreciação do Poder Judiciário. Fosse assim, também não haveria controle de constitucionalidade por um magistrado de primeira instância ao ver reformada a sua decisão por um tribunal superior.”¹²⁰⁹ Tanto no âmbito civil quanto no âmbito penal caberia, portanto, ao Ministério Público controlar a convencionalidade isoladamente e em conjunto com o Poder Judiciário.¹²¹⁰

A construção teórica demonstrada, no entanto, ao apontar uma série de classificações e distinções, não consegue justificar o porquê da limitação da técnica de controle a certos órgãos, como o Ministério Público, enquanto outros remanesceriam com atribuição de mera aferição. Não é, também, firme no critério classificatório, que deixa de ser o ato invalidador de norma inconveniente para se configurar na postura em direção à invalidação ou a, no máximo, uma aplicação e interpretação da norma convencional (o que se defende que compete, afinal, a todo agente público, seja do Ministério Público ou não).

As distinções feitas por aquela parcela da doutrina, em conclusão, não se sustentam, porque inicialmente há uma diferenciação de *controle* e *aferição* de convencionalidade com base no efeito de cada técnica: a invalidação ou não da norma *inter partes*, respectivamente. Por isso é que sustentam que o Ministério Público afere tão somente convencionalidade nas ações de controle concentrado em que atua como *custos juris* e também nas ações que propõe. Mas, a partir da metade do livro, sustentam que haveria controle de convencionalidade com base em outro critério, que seria a mera deflagração do pedido de controle por iniciativa do Ministério Público.¹²¹¹ A inconsistência está em que há duplicidade de critérios distintivos.

A par dessa adaptação de critérios, nesses casos em que o Ministério Público realizaria controle de convencionalidade os autores sustentam “núcleos” de controle intrainstitucional e interinstitucional para defender que mesmo nos casos em que a palavra final sobre o controle é do Judiciário, quem realiza o controle, deflagrando-o, seria o Ministério Público. Tudo isso para defender um exclusivo papel de realização de controle *pelo* Ministério Público, dada sua suposta posição privilegiada de defensor da ordem jurídica, diferenciada em relação a outros órgãos com função administrativa.

¹²⁰⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 89-91.

¹²⁰⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 90.

¹²¹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 94-109.

¹²¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 79-80.

No entanto, do ponto de vista da estrutura institucional constitucional dos órgãos de Estado entende-se que tal posição exclusivista não é sustentável, pois a todos os órgãos de Estado, seja qual for a função exercida, compete defender a ordem jurídica e dar efeito às prescrições normativas.

Além do mais, não é sustentável porque a todos os órgãos estatais, por meio de seus entes e órgãos com capacidade postulatória judicial, está reservada a possibilidade de *provocar* o Judiciário, inclusive para invalidar normas e contestar práticas atentórias a direitos. Se for esse o critério para outorgar a algum órgão a competência de controle de convencionalidade, *todos eles já a detêm*, e já não faz mais sentido a distinção entre controle e aferição de convencionalidade.

Nesse sentido, entende-se que o que, na verdade, os autores buscam quando falam de controle interinstitucional, ou de controle pelo Ministério Público, é fazer coincidir no plano teórico *pleitos* de (in)convencionalidade (prejudiciais ao mérito das causas) com *decisões* sobre (in)convencionalidade. Mas uma coisa não pode significar a outra, e o controle de convencionalidade próprio (repressivo, no caso) é apenas aquela adequação de normas realizada pelo órgão e função que têm competência decisória.

Em síntese, a vingar o entendimento dos autores cujas ideias se põe em discussão, isto é, de que fora do Judiciário apenas o Ministério Público teria a *prerrogativa exclusiva* de fazer o controle de convencionalidade pelo simples fato de deflagrar controle por uma opção de seu membro, haveria uma contradição insanável. Isso porque qualquer órgão que solicitasse em ação judicial o controle de convencionalidade ao Poder Judiciário realizaria *também* o controle de convencionalidade. Não é necessário ser “defensor da ordem jurídica” (como justificam os autores) para meramente deflagrar o controle de convencionalidade.

Transparece disso que o que os autores defendem ser controle de convencionalidade, na verdade é *pleito de controle*. Mas a rigor, quem realiza o controle repressivo é quem tem a decisão de invalidar ou recusar uma norma ou prática. Ainda que a decisão esteja sujeita a novo controle repressivo posterior, por algum Poder ou órgão com competência reformadora, na linha do exposto acima.

Assim sendo, defende-se nesta tese que todos os órgãos que exercem função administrativa têm competência de controle de convencionalidade, e não só o Ministério Público.

As hipóteses de controle de convencionalidade próprio pelo Ministério Público existem, sim, mas da mesma forma como existem para outros órgãos que encarnam funções estatais administrativas tão ou mais relevantes que as do Ministério Público. Que assim como

o *Parquet* também “encarnam parcela de soberania”, de modo que os argumentos que visam a dar destaque ao papel do Ministério Público ou a qualquer outra instituição de Estado são réplicas de argumentos genéricos que visam apenas alargar os limites funcionais e capacidades institucionais de uma instituição cujo papel é tão essencial quanto de outras.

Não apenas instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil, a Defensoria Pública, a advocacia pública ou a polícia judiciária exercem papéis relevantes e lidam com direitos humanos. No quadro institucional brasileiro atual todo órgão de Estado é relevante, e qualquer opinião no sentido de que algum órgão de controle deva ser *protagonista* é questionável pelos seus inerentes perigos.¹²¹²

Quando, então, o Ministério Público realizaria verdadeiramente controle de convencionalidade? Para Mazzuoli, Faria e Oliveira, o Ministério Público realizaria sozinho o controle de convencionalidade quando seu membro (ou Conselho) entende pelo arquivamento de inquérito civil por faltar à(s) lei(s) incidentes compatibilidade com normas de direitos humanos, o que corresponderia à recusa de aplicação de uma norma por inconvenção.¹²¹³ Essa é uma hipótese de controle repressivo em que se concorda com os autores, os que, vale ressaltar, mais profundamente analisaram o controle de convencionalidade fora do Poder Judiciário na literatura brasileira até o momento.

O arquivamento do inquérito civil diante da percepção de que a conduta investigada é lícita em função, por exemplo, da inconvenção da lei que a proibiria, é a perfectibilização de controle de convencionalidade *pelo* Ministério Público. Pois nessa hipótese, ainda que o desfecho fosse pela declaração de *convencionalidade*, há uma decisão tomada em caráter final pela instituição com competência decisória. O arquivamento do inquérito não está sujeito a revisão por outra instituição.

¹²¹² Nesse ponto cabe citar as ideias de Marcelo Semer, crítico da perspectiva salvacionista de certas instituições no Brasil. Há uma corrente que sustenta uma suposta superioridade moral e dignificante de certos sujeitos de que “repousa nos braços de promotores e juízes qualificações técnicas e morais superiores para decidir as mais importantes questões institucionais, aí incluídas as políticas públicas. Para [Rogério Bastos] Arantes, isso tem origem no que chamou *visão tutelar da sociedade* e como consequência provocaria o esvaziamento da política, como todos os seus deletérios reflexos para a democracia.” Ao lado disso, essa visão termina por politizar a Justiça e fazer com que o Judiciário dependa de aprovação social das majorias, com todos os mesmos perigos que isso acarreta para uma democracia, como já demonstrou a Operação Lava Jato. (SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça: Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 29/77).

¹²¹³ “Em tais casos, o Ministério Público, ao promover o arquivamento do inquérito civil ou de procedimentos investigativos, estará controlando a convencionalidade de leis ao entender que as normas internas – que justificariam a continuidade do inquérito – são incompatíveis (sic) com garantias internacionais previstas em tratados de direitos humanos ou com jurisprudência da Corte IDH.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 107). Acredita-se que os autores queriam dizer “compatíveis”, e não “incompatíveis”.

Além daquela hipótese, os autores também mencionam haver controle de convencionalidade pelo Ministério Público quando há decisão de arquivamento de procedimento investigatório criminal (PIC)¹²¹⁴ ou decisão de arquivamento de inquérito policial quando a razão jurídica do arquivamento estiver fundada em (in)convencionalidade de norma.¹²¹⁵ Nesses dois casos a decisão final de arquivamento é do Ministério Público, não havendo participação do Poder Judiciário¹²¹⁶, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.¹²¹⁷ É verdade que a redação dada ao art. 28 do Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/19 está suspensa por decisão cautelar na ADI n. 6298/DF, mas mesmo a redação antiga já previa que a decisão *final* pelo arquivamento é do órgão ministerial¹²¹⁸, cabendo a ele, se pertinente, o controle de convencionalidade repressivo de normas e o respectivo arquivamento da investigação criminal. Ou seja, a decisão que impede o processamento criminal de alguém com fundamento em inconvenção é uma decisão do órgão acusador, que ao controlar a convencionalidade obsta o prosseguimento da ação penal. O que poderia acontecer, por exemplo, em inquérito criminal que investiga crime de desacato.

Caso o membro ministerial entenda pelo arquivamento baseado na inconvenção do crime de desacato (com base, por exemplo, no Relatório da Comissão IDH no caso *Horacio Verbitsky vs. Argentina* e condenação no Caso *Palamara Iribane vs. Chile*), não há como fazer prosseguir a ação penal, haja vista o controle de convencionalidade feito na fase preliminar do PIC ou inquérito.¹²¹⁹

¹²¹⁴ PIC, conforme art. 1º da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

¹²¹⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 171-173.

¹²¹⁶ Esclarecem que “o controle de convencionalidade a ser realizado pelo Ministério Público no âmbito dos procedimentos de investigação criminal pode recair tanto sobre a *tipificação* da conduta objeto de investigação quanto sobre a *legalidade* dos procedimentos de investigação desenvolvidos pela autoridade policial ou pelo próprio órgão ministerial. Na primeira hipótese, pode o membro do *Parquet* determinar o arquivamento de investigação por entender que normas convencionais ou que a jurisprudência da Corte IDH isentam de tipicidade a conduta apurada. (...) No segundo caso, relativo à legalidade dos procedimentos de investigação desenvolvidos, a determinação de arquivamento pode se operar pela constatação de que a atividade de investigação violou direitos e garantias estabelecidos no plano internacional, ensejando inconvenções que, no caso concreto, estão a impedir a promoção da ação penal pública.” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 174-177).

¹²¹⁷ (Código de Processo Penal) “Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.”

¹²¹⁸ (Código de Processo Penal) “Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

¹²¹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 174-177.

Note-se, portanto, que há situações em que o Ministério Público controla a convencionalidade, afastando a aplicação de leis ou normas de natureza infralegal. Isso eleva em importância ou prerrogativas a instituição. Mas não de modo exclusivo, e sim porque assim como ela detém aquela competência de controle outros órgãos que exercem função administrativa também a detêm. O controle de convencionalidade está a cargo de todas as autoridades públicas com competência decisória, e nele se inclui a interpretação de normas nacionais à luz de normas convencionais¹²²⁰, como se demonstrará adiante.

Sustenta-se, portanto, que há um dever convencional extraído do art. 2 da CADH dos Estados garantirem os direitos humanos por qualquer meio necessário, seja decisões judiciais ou atuação das demais autoridades públicas,¹²²¹ não se limitando na configuração atual da ordem jurídica brasileira – em que não há regulação da técnica – a qualquer órgão estatal com supostos papéis privilegiados, pois isso limitaria indevidamente a incidência de normas de direitos humanos e violaria os preceitos interpretativos de DIDH.

No atual contexto não regulado, defende-se que *qualquer agente público* ou *órgão colegiado* com competências decisórias em procedimentos e processos administrativos possui o dever-poder de controlar a convencionalidade de normas constitucionais, legais e administrativas e de práticas, garantida a revisão hierárquica, de ofício ou provocada no procedimento ou processo administrativo, e, em qualquer caso o controle judicial do controle de convencionalidade.

2.3.2. Modalidades e efeitos de controle de convencionalidade admissíveis no exercício da função administrativa

O fato de o controle de convencionalidade ser técnica tipicamente jurídica não interdita sua prática pela Administração Pública. No máximo, apenas torna menos deferente o controle judicial eventual e futuro¹²²² sobre como a Administração Pública conduziu o controle de convencionalidade nos procedimentos e processos administrativos sob seu

¹²²⁰ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad**. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 24-25.

¹²²¹ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad**. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 53.

¹²²² “Em resumo, portanto: quanto mais complexa do ponto de vista jurídico for uma questão decidida por uma autoridade administrativa, menor a razão para que os tribunais apliquem sobre ela um controle deferente.” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 71).

encargo. Não há mal algum que, exclusivamente para defesa de direitos humanos, a própria administração declare convencionalidade por omissão ou repressão. Não é preciso que o controle aconteça só no Judiciário, e não está limitada a órgãos como Ministério Público.

Dito isso, cabe demonstrar na proposta do modelo de controle de convencionalidade nacional em que consiste dito controle de convencionalidade especificamente no exercício da função administrativa. Demonstrar sobre quais normas e práticas incide, quais os seus efeitos e como devem as autoridades administrativas realizá-lo. Este subcapítulo busca aclarar a proposta, uma vez que a jurisprudência da Corte IDH não respondeu até o momento de maneira detalhada àquelas perguntas.

2.3.2.1. O controle de convencionalidade deve acontecer em procedimentos administrativos

Em vista do princípio *pro persona* a hierarquia das normas é relativizada quando alguma situação envolver a incidência de direitos humanos. Isso significa que a Administração Pública poderá se deparar com situações em que leis, ou até mesmo uma norma constitucional, precisem ser afastadas para fazer valer as prescrições do bloco de convencionalidade. O princípio da legalidade sofre, como visto no subcapítulo 2.1.1., uma quebra em favor da juridicidade e da primazia da norma mais favorável de direitos humanos.

Também em relação a ordens hierárquicas, cláusulas contratuais e decisões judiciais e administrativas editadas (inclusive por outros órgãos) pode um agente público exercer controle de convencionalidade, recusando-se a dar cumprimento ao pactuado, ordenado ou decidido se identificar, motivadamente e de boa-fé, uma violação a direitos humanos convencionais. No próximo capítulo serão explorados exemplos concretos de controle de convencionalidade sobre normas e práticas, bem como os critérios utilizados para distinguir normas de práticas nesta tese.

Todavia, resta desde logo consignado como proposta do modelo de exercício da técnica que o dever-poder de controlar a convencionalidade recai sobre omissões e sobre normas com assento nas Constituições (federal e estaduais), nas leis de quaisquer dos entes federativos, sobre atos administrativos, bem como sobre ordens e decisões de natureza administrativa (oriundas do mesmo órgão ou ente que integra o agente controlador ou de outros órgãos ou entes) ou de natureza judicial (transitadas em julgado ou não). O uso da técnica, não custa ressaltar, deve ser excepcional e cauteloso, o que impede arbitrariedade e insegurança jurídica. Trata-se de uma medida atípica, a ser deflagrada com cautela e

preferencialmente com consultas aos órgãos de assessoria jurídica da autoridade competente para decidir.¹²²³

A competência controladora da convencionalidade nacional é uma competência jurídica. Acontece apenas em procedimentos e processos administrativos, consistentes em atos administrativos sequenciados e consagrados como condição da validade para atuação da Administração Pública no Estado Constitucional e Convencional de Direito.¹²²⁴ Os procedimentos e processos administrativos invariavelmente culminam em uma decisão administrativa, exteriorizada por ato administrativo final. O exercício da competência decisória exige a simultânea atenção à verificação de compatibilidade do ato administrativo (individual ou normativo) com os tratados de direitos humanos. Fora de procedimentos ou processos administrativos há um dever dos agentes públicos de se comportar de acordo com o regramento convencional, bem como de dar efetividade ao bloco de convencionalidade.

O controle de convencionalidade por omissão, preventivo ou repressivo, porém, só faz sentido no bojo de procedimentos e processos administrativos escritos. Ou seja, não se pode confundir o controle de convencionalidade com a aplicação pura e simples de normas convencionais.¹²²⁵ Assim, justamente porque o controle de convencionalidade é uma técnica de compatibilização jurídico-normativa, a despeito da importância dos fatos, ele sempre será prioritariamente uma questão de direito a resolver. Inclusive quanto o objeto controlado for

¹²²³ Nesse sentido defende Hachem para o controle de constitucionalidade na função administrativa, com argumentos aos quais se filia em parte para o controle de convencionalidade: “Essa leitura deve ser levada em conta *cum grano salis*. Não se mostra nem totalmente procedente, nem completamente inaceitável. Ela acerta ao demonstrar que o encargo de fiscalizar a constitucionalidade das leis, culminando com a sua inaplicação caso se conclua pela sua invalidade, não é inerente às funções naturais da atividade administrativa. Se admitido o seu exercício, este há de ser tido como algo excepcional, por cuidar-se de medida atípica não admitida explicitamente no texto constitucional como uma competência ordinária da Administração Pública. Por conseguinte, não se trata de uma atitude que deva/possa ser realizada a torto e a direito pela máquina administrativa.” (HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 351).

¹²²⁴ “Em síntese, sistemas constitucionais que consagram um Estado de Direito democrático e social, contêm um princípio geral de procedimentalização da Administração Pública, seja em normas expressas, como as que preveem garantias procedimentais contra a atuação administrativa, seja implicitamente, por exemplo, em normas que estipulam deveres de eficiência da atuação administrativa. (...) O procedimento administrativo passa a ser a matriz da manifestação administrativa, seja nas atuações individualizadas, restritivas ou constitutivas de direitos, seja nas atuações genéricas, próprias de uma Administração infraestrutural.” (BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da lei federal de processo administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. (Coord.). **Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da lei federal de processo administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 51-52).

¹²²⁵ “Ademais, não se pode qualificar como controle de convencionalidade qualquer ato de cumprimento das normas decorrentes da Constituição, da mesma forma que a aplicação das disposições constitucionais por um agente estatal em um determinado caso concreto não se confunde com o controle de constitucionalidade.” (SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou suas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 224).

uma prática inconvenção seu controle deverá acontecer em procedimento ou processo administrativo.

Acaso inexistir o procedimento ou processo administrativo, deverá ser instaurado pelo agente público condutor do controle de convencionalidade, a fim de que ele possa formalizar a recusa que pretende dar, motivadamente¹²²⁶, à ordem ou decisão que reputa inconvenção. A formalização em procedimento ou processo administrativo, ademais, é que viabilizará o controle interno e externo do exercício da técnica. Seja pelas autoridades superiores, seja pelos órgãos de controle como o Poder Judiciário.

Tanto judicial¹²²⁷ quanto administrativamente a técnica de controle de convencionalidade deve ser exercida de ofício pelo agente público responsável, independentemente de provocação das partes.¹²²⁸ Se a questão da convencionalidade de norma ou prática não foi previamente debatida, e se em dado procedimento ela puder afetar negativamente a esfera jurídico-patrimonial de qualquer interessado, é dever da Administração Pública possibilitar a manifestação prévia dos sujeitos envolvidos. Trata-se dessa diretriz mais do que uma recomendação, mas de cumprimento ao devido processo administrativo¹²²⁹, uma garantia convencional prevista na CADH assim como o próprio controle de convencionalidade.

2.3.2.2. O controle de convencionalidade deve ser realizado em sua máxima extensão nos limites da competência de cada autoridade administrativa: crítica à teoria das intensidades

As únicas orientações possíveis de extrair da jurisprudência da Corte IDH para o controle de convencionalidade na função administrativa são: **(i)** a atribuição de competência de realização de controle *ex officio* pelas autoridades nacionais; **(ii)** que a autoridade/órgão responsável realize o controle de convencionalidade sempre nos limites de suas competências

¹²²⁶ GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. **Revista Jurídica (FURB)**, Blumenau, v. 24, n. 53, p. e7853, abr. 2020.

¹²²⁷ No exercício da função jurisdicional o seu emprego não viola sequer o princípio da congruência, desde que o juiz se atenha às circunstâncias fáticas invocadas e aos limites da lide. Cf. BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad**. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 36.

¹²²⁸ “A declaração de anticonvenção é uma questão de direito e não de fato, pelo que seu exercício de ofício não quebra a igualdade de partes no processo nem afeta a garantia de defesa em juízo, que não poderia ser arguida diante do *direito aplicável* para dirimir a contenda.” (BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad**. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 22-35).

¹²²⁹ GUSSOLI, Felipe Klein. **Tratados de direitos humanos e Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2022. p. 229 e ss.

e atribuições.¹²³⁰ De resto, cada sistema de cada Estado-parte da CADH pode possuir suas peculiaridades. Conforme decidido no já precitado Caso Liakat Ali Alibux¹²³¹, não há um modelo específico de realização do controle de convencionalidade.

No Brasil, onde a técnica ainda não é regulada, como compreender os limites de competência e atribuições de agentes administrativos? A realização do controle de convencionalidade não permite ao aplicador tudo fazer. Embora exija respeito, não se olvide, a exaltação do princípio *pro persona* a fim de dar corpo aos tratados internacionais e aos propósitos que lhe abrigam existência¹²³² não permite a criação voluntarista de competências. É preciso, portanto, compreender quais as etapas que um agente administrativo deve seguir para controlar a convencionalidade de normas e práticas e a extensão que a declaração de inconvencionalidade tem em cada caso.

No atual estágio doutrinário, os estudiosos do tema buscam explicar as competências para controle de convencionalidade nacional a partir de categorias lógico-jurídicas. Nesse campo, a *teoria das intensidades* do controle de convencionalidade é que mais recorrentemente aparece para elucidar os limites das competências controladoras da função administrativa (e de outras funções do Estado). Abaixo serão detalhadas e discutidas as classificações em torno da teoria das invalidades, para a seguir criticá-la como teoria reguladora do regime de controle de convencionalidade pela função administrativa.

Quanto ao *momento* de sua realização, Sagüés entende que o controle de convencionalidade acontece preventiva e repressivamente. Ele pode acontecer, portanto: **(i)** na emissão de uma norma nacional, o que compreende alterações ou derrogações normativas também.¹²³³ Na *emissão* de atos administrativos de qualquer espécie¹²³⁴ cabe ao Poder Executivo e à toda Administração Pública direta e indireta controlar preventivamente a convencionalidade de atos que produzem.¹²³⁵ A modalidade se enquadra na já citada classificação de controle de convencionalidade preventivo.

¹²³⁰ VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019. p. 342.

¹²³¹ CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentença de 30 jan. 2014. § 124.

¹²³² RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 28, p. 15–51, 2014. p. 41.

¹²³³ SAGÜES, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 148.

¹²³⁴ GUERRA, Eduardo J. Mitre. La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 453-454.

¹²³⁵ No caso do Executivo, “quando emite decretos de necessidade e urgência, delegados, regulamentários ou autônomos, ou Ministros quando expedem resoluções no âmbito de suas pastas, ou órgãos com funções

Mas o controle de convencionalidade nacional também acontece, (ii) “na interpretação e aplicação de normas (constitucionais, legais, administrativa) ao caso, para a prática de atos administrativos concretos ou atos materiais.”¹²³⁶ No que diz respeito a esse segundo momento, mas quanto à natureza do controle de convencionalidade, Sagüés é quem sugere a classificação já citada de controle de convencionalidade: (ii.a) *repressivo*, em que há uma negativa de aplicação ou anulação de normas contrárias às convenções internacionais; e (ii.b) *construtivo* ou *positivo*, que “produz uma *reciclagem da norma nacional*”¹²³⁷ a partir do paradigma convencional. O controle construtivo ou positivo aconteceria via interpretação convencional.

Muitas normas previstas nos tratados de direitos humanos são abertas. Possuem inúmeras vezes alta carga valorativa. Entretanto, não é esse fato que pode servir de recusa para sua aplicação quando não há norma intermediária regulamentadora. Cabe ao intérprete e aplicador “descobrir seu conteúdo valorativo, seu espírito de justiça e fazer uma interpretação talentosa de seu conteúdo e não de sua leitura formal. São princípios reitores do sistema, fundantes de outros subsistemas, que possuem um marco normativo e também uma substância ou conteúdo valorativo.”¹²³⁸

Há quem, é verdade, critique tal posicionamento, que apenas propiciaria em nome da “justiça” o aparecimento de “heróis justiceiros e moralistas”.¹²³⁹ Seja como for, cientes daqueles reais perigos, o controle de convencionalidade construtivo é mais complexo e exige mais do intérprete do que simplesmente afastar ou anular uma norma. Exige uma postura criativa, segundo Sagüés, o que ganha relevo especial na interpretação convencionalmente adequada de normas constitucionais.¹²⁴⁰

O controle construtivo é positivo, e consiste em “pensar, interpretar e fazer funcionar todo o direito interno de conformidade com as pautas do Pacto de São José da Costa Rica, e a

meramente legiferantes, ao estilo – algumas vezes – de bancos centrais, agências de arrecadação de impostos (...) ou as universidades autônomas se aprovam seus próprios estatutos, etc.” (SAGUES, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 144-146).

¹²³⁶ HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207–257, 2021. p. 237.

¹²³⁷ SAGUES, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 143.

¹²³⁸ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. VI-27-28.

¹²³⁹ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. p. 85.

¹²⁴⁰ SAGUES, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 144.

jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos.”¹²⁴¹ O controle construtivo de convencionalidade é uma reciclagem normativa. Sagüés classifica, portanto, como controle de convencionalidade a interpretação convencional. O que parece correto quando as interpretações terminam por declarar certos caminhos hermenêuticos inválidos, como se verá adiante.

Outros autores preferem critérios classificatórios diversos.¹²⁴² Como introduzido no capítulo 1 (subcapítulo 1.1.2.4.), a mais frequente das classificações sobre o controle de convencionalidade pela função administrativa é a que leva em consideração os *graus de intensidad*, que parte da teoria capitaneada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor. De acordo com a teoria, no controle repressivo de convencionalidade nacional as intensidades ou graus variam conforme as competências das autoridades públicas e conforme o modelo de controle de *constitucionalidade* de um determinado sistema jurídico. Para Mac-Gregor, o controle difuso

“não consiste simplesmente em deixar de aplicar a norma nacional por ser contrária ao ‘parâmetro’ de convencionalidade, mas sim, em primeiro lugar, buscar ‘harmonizar’ a norma nacional com a convencional; o que significa realizar uma ‘interpretação conforme’ da norma nacional com a CADH, seus protocolos e a jurisprudência convencional (como parâmetro mínimo), para descartar aquelas ‘interpretações’ contrárias ou incompatíveis com o parâmetro convencional; pelo que, na realidade, se realiza um ‘controle’ da interpretação que não atende dito parâmetro. E este exercício de compatibilidade pode ser realizado por qualquer juiz dentro de suas respectivas competências, restando reservada a ‘inaplicação’ ou ‘declaração de invalidez’ da norma inconveniente, exclusivamente aos juízes que dentro do sistema nacional tenham competência para tanto.”¹²⁴³

Diferentemente da defesa já introduzida acima nesta tese, na opinião de Mac-Gregor a expressão “no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes” deve ser compreendida como “uma maneira de ‘graduar’ a intensidade” do controle de convencionalidade. Nesse sentido, como já apresentado no capítulo 1, a interpretação convencionalmente adequada corresponderia a um controle fraco de convencionalidade, e a inaplicação ou declaração de invalidez corresponderiam a um

¹²⁴¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. p. 24.

¹²⁴² O próprio Néstor Pedro Sagüés emprega variados critérios para distinguir o controle de convencionalidade (judicial) em dois tipos: de viés **a)** negativo; e **b)** positivo. **a)** O controle de viés *negativo* é **a.1)** repressivo, quando o juiz deixa de aplicar a norma inconveniente; **a.2)** nomogenético preventivo, quando o Estado deixa de emitir uma norma inconveniente; **a.3)** nomogenético reparador, quando o Estado revoga a norma inconveniente. **b)** O controle de viés positivo é construtivo, e acontece pela via hermenêutica. (SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, Lima, n. 20, p. 257-283, 2015. p. 276).

¹²⁴³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 535.

controle intermediário ou forte.¹²⁴⁴ Para o autor, que externalizou tal opinião nos seus votos como juiz da Corte IDH, nos sistemas em que o modelo de controle de *constitucionalidade* admite a inaplicação de uma lei por juízes, o grau de controle de *convencionalidade* seria intermediário, e a mesma solução de inaplicação de lei deveria ser preservada. O grau de controle de convencionalidade forte apenas poderia ser realizado pelas “altas jurisdições constitucionais”, com competência para invalidar uma norma com efeitos *erga omnes* por contrariedade à Constituição. Se a interpretação convencional for insuficiente para resolver um conflito, e o *juiz* competente não dispõe de competência para inaplicar a norma, segundo Mac-Gregor caberia a ele suscitar procedimento de “dúvida de inconvenção” perante órgãos jurisdicionais que possam realizar controle de convencionalidade de maior grau (intermediário ou forte). Nos sistemas em que aquele procedimento inexistente, ou não se prevê competência ao juiz para suscitar a dúvida, Mac-Gregor defende que o juiz “deveria ‘apontar’ em sua argumentação a inconvenção da norma que aplica. Assim, os órgãos jurisdicionais revisores deverão exercer dito ‘controle’ e inaplicar a norma ou bem declarar a invalidade da mesma por resultar inconvenção, segundo a competência de cada juiz ou tribunal.”¹²⁴⁵

A teoria dos graus de intensidade é compartilhada por outros autores, com nuances. Segundo Hitters, o controle de convencionalidade nacional também varia em graus de intensidade, segundo “as normas e regras aplicáveis em um determinado Estado, dependendo a ‘sua profundidade’ da função e da hierarquia de cada órgão que o executa.”¹²⁴⁶ Para o autor, o controle de convencionalidade *stricto sensu* “somente pode ser realizado pelo Poder Judicial e em geral por quem realiza funções jurisdicionais, já que somente eles estão em condições de declarar a invalidade de uma norma jurídica.” Por sua vez, “os Poderes Executivo e Legislativo também estão ‘sujeitos’ a essa inspeção ainda que não a levem a cabo *per se* (podemos falar de sujeitos passivos do controle).”¹²⁴⁷ A eles caberia apenas realizar controle de convencionalidade mediante *interpretação* de normas, sem nunca invalidá-las.¹²⁴⁸ Para o

¹²⁴⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 536/577/581.

¹²⁴⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 578-580.

¹²⁴⁶ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 131.

¹²⁴⁷ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 132.

¹²⁴⁸ “É dizer, as autoridades que não executam funções tipicamente jurisdicionais têm que interpretar os direitos humanos da maneira mais favorável sem que estejam empoderados para declarar a invalidade das normas ou para não aplicá-las em casos concretos (...).” (HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 132-133).

Hitters, a interpretação conforme é uma técnica hermenêutica de harmonização que se apresenta como uma espécie de controle de convencionalidade que serve para salvar de inconveniência uma disposição interna. O autor também faz expressamente uma correspondência entre graus de intensidade e faculdades disponíveis no sistema para o *controle de constitucionalidade*. Nos sistemas que admitem o controle difuso de constitucionalidade para certas autoridades, o grau de intensidade do controle de *convencionalidade* seria máximo. Naqueles sistemas que interditam o controle difuso de constitucionalidade para certas autoridades, o grau de intensidade seria baixo, e só se admitiria a interpretação conforme o tratado e à jurisprudência internacional.¹²⁴⁹

Enrique Alonso Regueira segue a mesma teoria, e defende que o controle por cada um daqueles sujeitos varia em nível de intensidade. Aos integrantes do Poder Judiciário e órgãos que exercem funções jurisdicionais seria atribuído o controle de maior intensidade, pois a eles seria permitida “a declaração de invalidade da norma submetida a dito controle.”¹²⁵⁰ Para os demais órgãos ou instituições, interditadas à declaração de invalidade de normas, o controle de convencionalidade seria de menor intensidade, e aconteceria exclusivamente via interpretação conforme.

Igualmente, com fundamento nos critérios da Suprema Corte de Justiça da Nação do México, e nas ideias expostas por Ferrer Mac-Gregor, Miguel Carbonell sugere uma classificação quanto à intensidade do controle de convencionalidade nacional: **a)** controle de intensidade de *grau baixo*: “o aplicador da norma faz uma interpretação da mesma que seja ‘conforme’ com as normas internacionais; **b)** controle de intensidade de *grau médio*: “se o intérprete considera que não há forma de encontrar uma interpretação que faça compatível a norma internacional com a norma interna, pode deixar de aplicar a norma nacional” com efeitos apenas para o caso concreto (*inter partes*), para o que todo *juiz* é competente; **c)** controle de intensidade de *grau alto*: “quando o intérprete tem a faculdade de expulsar com efeitos gerais (*erga omnes*) a norma interna que estime inconveniente”, o que no México só seria possível aos juízes federais em medidas de amparo, controvérsias constitucionais e ações de inconstitucionalidade.”¹²⁵¹

¹²⁴⁹ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 132.

¹²⁵⁰ REGUEIRA, Enrique Alonso. *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*. Bueno Aires: Lajouane, 2017. p. 79.

¹²⁵¹ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 87.

Daniel Wunder Hachem adere à teoria dos graus ou intensidades do controle de convencionalidade para elucidar como devem se comportar as autoridades administrativas diante de situações de inconvenção. O autor defende uma competência geral de todo agente público para realizar o controle de convencionalidade fraco, isto é, interpretativo. Mas condiciona a competência repressiva ou invalidadora (controle de convencionalidade intermediário ou forte) à natureza da norma objeto do controle e ao regramento interno sobre o controle de constitucionalidade. Assim, defende para o controle de convencionalidade repressivo que se a norma objeto do controle é um **(a)** ato administrativo, poderá: **(a.1)** estar sujeita à invalidação pela autoridade que a editou, mediante o exercício da autotutela; **(a.2)** estar sujeita a requerimento de anulação, no caso em que uma autoridade administrativa subordinada identificar uma pretensa inconvenção.¹²⁵² Hachem não identifica como deveria agir o agente não subordinado e que também não editou o ato.

Quando o ato inquinado no controle repressivo é uma **(b)** lei, o órgão administrativo apenas poderia recusar a aplicação da lei se o sistema jurídico lhe reconhece competência análoga para o controle de constitucionalidade. Se o agente **(b.1)** possui tal competência, como seria o caso do chefe do Poder Executivo, poderia afastar a aplicação da lei que entende inconvenção; e se o agente **(b.2)** não possui tal competência, “deveria remeter a questão ao órgão competente para o exercício desse tipo de controle.”¹²⁵³ Haveria, segundo o autor, um paralelismo entre as soluções adotadas para o controle de constitucionalidade e convencionalidade, posição que defende que seria mais adequada à jurisprudência da Corte IDH quando indica o dever de controlar a convencionalidade segundo as competências de cada órgão.¹²⁵⁴ Uma vez que o mesmo autor entende que sob certas condições autoridades administrativas podem se recusar a aplicar leis contrárias a direitos fundamentais constitucionais, desde que excepcionalmente,¹²⁵⁵ pode-se dizer que sua opinião estaria no

¹²⁵² “*Norma inconvenção em ato administrativo normativo*. A primeira situação é aquela em que a norma doméstica inconvenção está prevista em um ato administrativo normativo. Neste caso, se a própria autoridade administrativa que o expediu vier a identificar a inconvenção, ela poderá anular o ato normativo e expedir um novo, agora em conformidade com o tratado. Porém, se o órgão ou agente que identificar a inconvenção for subordinado à autoridade que emitiu o ato, ele deverá reportar-se a ela, indicando a fundamentação com base na qual considera que a norma interna é inconvenção e requerendo a sua invalidação.” (HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207–257, 2021. p. 240).

¹²⁵³ HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207–257, 2021. p. 240-241.

¹²⁵⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207–257, 2021. p. 246.

¹²⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 341 e ss.

limiar das correntes extensiva e restritiva sobre as competências para controle de convencionalidade pela função administrativa.

O mérito da divisão de intensidades do controle está no fato de que não há, até o momento, um tratamento seguro que responda categoricamente sobre os limites e a operacionabilidade do controle de convencionalidade pela função administrativa. A categorização de controles forte, intermediário e fraco é uma proposta relevante nesse sentido, porque permite “encaminhar esforços teóricos na construção de um modelo particular para explicar o controle administrativo de convencionalidade e desta forma começar a superar as diversas dificuldades e complexidades estruturais e sistemáticas para o seu exercício.”¹²⁵⁶ No entanto, a tese das intensidades do controle não estende à técnica o máximo protetivo exigido pela interpretação *pro persona* do controle de convencionalidade.

O exemplo do sistema panamenho é digno de nota para identificar as consequências práticas da teoria dos graus de intensidade e como ela pode prejudicar o exercício da técnica em sua extensão mais protetiva. No Panamá, em que o controle de constitucionalidade está reservado à Corte Suprema de Justiça (na modalidade concreta ou abstrata), por similaridade não poderia nunca a Administração declarar inconveniente nem inaplicar norma inconveniente.¹²⁵⁷ O exemplo mostra como a depender da regulação do controle de constitucionalidade o controle de convencionalidade resta inviabilizado pela função administrativa, o que contraria a interpretação *pro persona* e limita os direitos humanos a um patamar protetivo menor do que a corrente extensiva garantiria.

Outros problemas da teoria podem ser citados. O primeiro deles, o de que a teoria das intensidades a pretexto de encerrar as discussões sobre o papel da função administrativa no controle de convencionalidade não analisa o papel da função administrativa no exercício do controle de convencionalidade por omissão.

O segundo deles, o de que a teoria das intensidades não analisa a modalidade de controle de convencionalidade repressiva quando o objeto controlado é uma prática estatal, a exemplo de uma sentença judicial.

¹²⁵⁶ HERNÁNDEZ, Mario Molina. Administración pública y controle de convencionalidad: problemáticas y desafíos. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dez. 2018. p. 293.

¹²⁵⁷ GUERRA, Eduardo J. Mitre. La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 449.

A tese das intensidades é limitada às situações em que o objeto controlado é uma norma jurídica, e ainda assim procede em distinções a partir das condutas assimiladas com “anular” e “interpretar” como se elas fossem sempre distintas entre si.

Quanto à natureza do controle de convencionalidade, Miriam Lorena Henríquez Viñas classifica duas principais correntes, que servem à explicação do que se supõe aqui uma deficiência da tese dos graus de intensidade: **(a)** aquela que identifica o controle de convencionalidade como um controle *normativo*; **(b)** aquela que identifica o controle de convencionalidade como um *exercício de interpretação*.¹²⁵⁸ O controle forte e o controle intermediário de convencionalidade seriam controles normativos, enquanto o controle de convencionalidade fraco um exercício de interpretação. Como é fácil identificar, a definição de uma ou outra natureza repercute nos efeitos: **(a)** se um controle normativo, gera inaplicação ou invalidação de normas; **(b)** se um controle interpretativo, gera interpretação conforme aos tratados, com preservação da norma. O controle normativo se apresentaria pelo binômio invalidade-inaplicabilidade, e o controle como exercício de interpretação geraria, caso mal aplicado, responsabilidade internacional. O primeiro controle exigiria a utilização do critério hierárquico para resolução de antinomias; o segundo apenas emprego de técnicas hermenêuticas de adequação.¹²⁵⁹

Ocorre que mesmo se limitada a análise ao controle repressivo de convencionalidade, não há razões fortes o suficiente para interditar a não aplicação de normas diretamente pela função administrativa mesmo nos sistemas que não preveem competência expressa de invalidação para agentes administrativos.

A teoria das intensidades traça um paralelismo com o controle de constitucionalidade indevido, pelas razões já expostas, e gera assim uma vedação contrária à preservação das normas mais protetivas de direitos humanos, tornando na prática a função administrativa dependente do Judiciário em prejuízo do cidadão diretamente interessado nas suas decisões. A teoria também parte de pressupostos errados de que o controle de convencionalidade fraco seria admitido à Administração Pública porque não haveria, nesse caso, inaplicação ou invalidação da norma, mas *apenas interpretação* para proteção máxima dos direitos humanos. Porém, na realidade a interpretação convencionalmente adequada de uma norma inferior pode gerar, às vezes, um juízo de exclusão de determinados significados possíveis de uma norma,

¹²⁵⁸ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 117; VIÑAS, Miriam Henríquez. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. **Revista Derecho del Estado**, n. 43, p. 131-157, maio/ago. 2019. p. 154.

¹²⁵⁹ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 132-134.

gerando por extensão e na prática a invalidação daqueles significados. Essa hipótese acontece quando uma norma admite múltiplos significados, porque se apenas um único sentido dela se extrair não há alternativa senão o binômio convencional/inconvencional.¹²⁶⁰

Quando ocorre um controle de convencionalidade interpretativo, aquele classificado como construtivo ou fraco pela teoria das intensidades, ele pode acontecer por: **(a)** seleção de interpretação, em que havendo mais de uma interpretação possível caberia ao aplicador optar por aquela que melhor se adequa aos tratados de direitos humanos; **(b)** construção de interpretações mutativas por adição, a fim de incluir algum significado na norma para compatibilizá-la com os tratados; **(c)** construção de interpretações mutativas por subtração, a fim de excluir algum significado normativo para compatibilização com os tratados; **(d)** construção de interpretações mutativas mistas, em que ao mesmo tempo se retira e se adiciona algum significado à norma para compatibilizá-la com os tratados.¹²⁶¹

Em todos esses casos ao selecionar a interpretação mais adequada ao direito humano convencional, o intérprete condutor da função administrativa termina, na prática, por *descartar as interpretações incompatíveis com os tratados*, o que lateralmente não deixa de ser uma decisão pela invalidação e inaplicação de um determinado sentido da norma ou de uma declaração (implícita, que seja) de inconvencionalidade de um ou mais sentidos normativos.¹²⁶²

¹²⁶⁰ Por analogia ao que se passa no controle de constitucionalidade quando do emprego da interpretação conforme: “Evidente que isso só pode ser feito em preceitos que abriguem múltiplos significados (*normas polissêmicas*), aceitando várias interpretações. Caso a norma tenha sentido unívoco, não opções de escolha. Resultado: ou ela é totalmente constitucional, ou inconstitucional.” (BULOS, Ueadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 471).

¹²⁶¹ SAGUES, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 143; SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. **Pensamiento Constitucional**, Lima, n. 20, p. 257-283, 2015. p. 276-277.

¹²⁶² O exemplo extraído do estudo de Bianca Richter e Natália Silva contribui para o entendimento. Para as autoras, assim como no caso em que o STF priorizou a CADH para declarar impossível a prisão do depositário infiel, deve haver controle de convencionalidade para impedir medidas executórias atípicas decretadas com fundamento no art. 139, IV do CPC/2015 que não tenham relação com a satisfação creditícia da dívida pecuniária. Se a CADH impede a prisão do depositário infiel, garantindo a liberdade de locomoção do devedor do contrato de depósito, também no processo de execução e de cumprimento de sentença o raciocínio convencional deve se aplicar. Não cabe, assim, decretar apreensão da CNH ou de passaporte como medida executória atípica em execução ou cumprimento de sentença de obrigação de pagar, pois seria privilegiar de modo inconvencional a dívida pecuniária em detrimento da liberdade de locomoção. A CADH apenas permite tal restrição da liberdade pessoal em caso de dívida alimentar, de modo que medidas atípicas que firam o direito de ir e vir em processos que não tratam daquele tema seriam inconvencionais. (RICHTER, Bianca Mendes Pereira; SILVA, Natália Diniz. O controle de convencionalidade como limite para a discricionariedade do juiz na execução: análise das decisões recentes que têm aplicado o artigo 139, IV, do Novo Código de Processo Civil. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018). Essa não foi a solução priorizada pelo STF quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.941 em 09 de fev. 2023 sobre a constitucionalidade do art. 390, parágrafo único do CPC, embora o voto vencido do Min. Edson Fachin buscasse fazer aquela limitação às medidas constritivas para cumprimento de obrigações alimentares. De todo modo, a proposta das autoras e o voto do Min. Fachin se

Mesmo no estudo do controle de constitucionalidade a interpretação conforme “mais do que uma técnica de salvamento da lei ou do ato normativo (...), consiste já numa técnica de decisão.”¹²⁶³ Nesse sentido, Clève cita trecho de voto do Min. Moreira Alves na Representação de Inconstitucionalidade n. 1.417-7-DF a fim de esclarecer que também na interpretação conforme à constituição o que há é uma modalidade de declaração parcial de inconstitucionalidade, pois o que termina o intérprete por fazer é descartar ou eliminar as interpretações não admitidas pela Constituição para preservar aquela(s) com ela compatíveis.¹²⁶⁴

Ou seja, mesmo a diferença entre controle repressivo fraco e forte de inconvenção como justificativa para excluir a função administrativa de uma das espécies não é sustentável, porque mesmo no controle “fraco” ela acaba, na prática, por chegar a um juízo de invalidade acerca de certos sentidos normativos e por não aplicar determinadas normas por seleção de seu sentido semântico. Assim, como critério de interdição de competências controladoras, ainda que “fortes”, a classificação consiste em solução eufemística que exclui uma prerrogativa da Administração Pública para, na melhor das hipóteses, disfarçar a inaplicabilidade ou invalidade de uma norma convencional por parte da função administrativa – porque interpretar uma norma nacional à luz da convenção para não fazer valer no caso aquela norma é o mesmo, em termos práticos, do que não a aplicar ou invalidar. Na pior das hipóteses, para manter e aplicar uma norma inconvenção em casos concretos sob o fundamento de que só o Judiciário poderia recusar-lhe aplicação.

O próprio teórico da teoria das intensidades termina por concluir, em trecho escrito em 2011, que o método de interpretação convencional conforme não significa apenas “uma imposição da norma internacional sobre a nacional, mas de um processo interpretativo de harmonização, que implica, inclusive, em algumas ocasiões, *deixar de aplicar a primeira*, quando isso resultar do maior alcance protetor da norma nacional, conforme o princípio *pro persona* e também por derivação da obrigação geral de respeitar os direitos e liberdades

apresentam como um caso de interpretação convencional do art. 139, IV do CPC. Melhor compreendida, como aqui sustentado, como técnica de declaração de inconvenção parcial sem redução de texto, de modo a afastar a interpretação contrária à CADH do art. 139, IV. Haveria, nessa situação, controle de convencionalidade sem invalidação do dispositivo, mas com exclusão de todas as interpretações contrárias ao art. 7.7 da CADH.

¹²⁶³ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 254.

¹²⁶⁴ Clève analisa a jurisprudência do STF para concluir que, ao menos num primeiro momento, as técnicas da interpretação conforme e da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto foram assimiladas. Mas cita a ADI 2.238-DF como exemplo de distinção das técnicas. (CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 254-257). Há, portanto, uma disputa constante a respeito da natureza da técnica, e a distinção é no mínimo sutil.

previstos nos tratados internacionais.”¹²⁶⁵ Note-se que no trecho o próprio autor assimila interpretação conforme com hipóteses de *inaplicação*. Um ato falho que revela a inconsistências na tese das intensidades do controle? Se sim, observa-se que não é isolado, e não é raro encontrar na doutrina incerteza se um controle por intensidades implica na invalidação ou não.¹²⁶⁶

Seja como for, da opinião do próprio Mac-Gregor se extrai que mesmo interpretações implicam no afastamento de pelo menos de certas opções semânticas possíveis. O que, a rigor, é afastamento de normas, e por isso controle de convencionalidade. A interpretação conforme é ao mesmo tempo uma modalidade de interpretação e técnica de controle de convencionalidade¹²⁶⁷, de modo que é impossível marcar uma diferença abstrata e linha divisória entre ambas que sirva como critério de exclusão da competência administrativa de controle “forte”. Só em um processo concreto é que será possível enquadrar a conduta em uma ou outra categoria de controle de convencionalidade, de forma que se sustenta na presente tese que não faz sentido empregar graus de controle de convencionalidade repressivo, o que se revela contrário ao que se passa na prática com a interpretação convencionalmente adequada e termina por limitar a extensão da técnica em prejuízo do efeito útil dos direitos humanos.

As limitações da teoria das intensidades se agravam quando se constata, no estudo na bibliografia jurídica sobre o tema, uma excessiva visão *judicial* dos direitos (inclusive dos direitos humanos), deixando de lado “uma visão integral do aparato institucional e das obrigações a cargo das diversas autoridades em matéria de direitos humanos.”¹²⁶⁸ Refutar a relevante e hegemônica teoria das intensidades do controle de convencionalidade não significa, entretanto, admitir efeitos arbitrários à decisão de controle de convencionalidade

¹²⁶⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 550. Grifos ausentes no original.

¹²⁶⁶ Marcelo Figueiredo, por exemplo, afirma que “quando qualquer autoridade pública, sobretudo a judicial, constatar a existência de norma jurídica incompatível com a norma convencional, deve, se a isso estiver habilitada, anular, invalidar leis *inconvenientes*.” A expressão “se a isso estiver habilitada” parece dar margem à tese dos graus de invalidade, encampada pelo autor com menção aos escritos de Mac-Gregor: “(...) o grau de intensidade de aplicação do controle de convencionalidade é variável segundo a maneira que esse controle ocorra em cada país.” (FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 84/91).

¹²⁶⁷ A lição é extraída de Bulos, no estudo do controle de constitucionalidade: “(...) a *interpretação conforme à constituição* é um princípio de exegese constitucional e, ao mesmo tempo, uma técnica de controle de normas (...)” BULOS, Ueadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 371.

¹²⁶⁸ HERNÁNDEZ, Mario Molina. Administración pública y controle de convencionalidad: problemáticas y desafíos. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dez. 2018. p. 296.

administrativo.¹²⁶⁹ Significa admitir tão somente que, na falta de regulação nacional da técnica, a função administrativa possa primeiro interpretar construtivamente¹²⁷⁰ as normas incidentes em determinada hipótese¹²⁷¹ e, apenas se identificar uma inconvenção não contornável via interpretação¹²⁷², possa recusar a abertamente a aplicação da norma inconvenção mediante controle repressivo¹²⁷³ e declaratório de inconvenção.

Defende-se, em síntese, que não há uma diferença *marcante* entre a interpretação conforme e a invalidação propriamente dita. A interpretação acarreta juízos de invalidação e afastamento de significados do texto, e por isso não deve ser o critério fundamental para dividir competências controladoras entre Poderes, órgãos e funções de Estado.

Entretanto, aquela distinção como conduta procedimental e escalonada é admissível, para fins de operacionalização e tentativa de preservação da existência e validade normativa do dispositivo objeto de controle. É útil na função administrativa marcar etapas sucessivas de interpretação conforme e, após, declaração expressa de inconvenção, com afastamento radical e ignorância da norma.¹²⁷⁴ Quer dizer, em processos administrativos *primeiro* o agente administrativo com competência decisória deverá buscar por meio de interpretação conforme aos tratados de direitos humanos restaurar a convencionalidade desgastada por interpretações inconvenções. Caso não seja possível, ele mesmo, sem participação do Judiciário ou remessa da questão, poderá declarar inválida a norma ou prática inconvenção.

¹²⁶⁹ Segue-se para o controle de convencionalidade a lógica argumentativa de Juarez Freitas, quem defende o controle de constitucionalidade de ofício na função administrativa *distinto do judicial*. O autor alerta, todavia, que não se trata de uma defesa do “controle destemperado da constitucionalidade, empreendido pelo guarda de trânsito”, sujeito à legalidade. O que defende é o controle de constitucionalidade no âmbito das competências próprias de cada Poder, ainda que – em sentido não necessariamente cronológico – a última palavra seja do Judiciário. (FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 217-236).

¹²⁷⁰ SAGUES, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 143.

¹²⁷¹ V.g. CORTE IDH. Casos López Mendoza vs. Venezuela. Sentença de 1 set. 2001. § 103; CORTE IDH. Caso Atala Rizzo e Meninas vs. Chile. Sentença de 24 fev. 2012.

¹²⁷² Concorde-se com a sequência procedimental indicada por Hachem diante de situações que envolvem a aplicação de normas de direitos humanos. Ela é lógica e preserva a presunção de convencionalidade de normas editadas internamente. A sequência consiste em, primeiro, a autoridade administrativa buscar interpretar as normas aplicáveis de acordo com os tratados de direitos humanos. Apenas em não sendo possível é que, secundamente, deverá realizar o controle de convencionalidade. Apenas discorda-se da solução sequencial proposta pelo autor, segundo quem o controle administrativo de convencionalidade seguiria as mesmas regras do controle de constitucionalidade de cada país, devendo a autoridade que não detém competência repressiva para o controle de constitucionalidade limitar-se a remeter a questão para o órgão que tem, abstenendo-se de invalidar a norma. (HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207-257, 2021. p. 243).

¹²⁷³ SAGUES, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 143.

¹²⁷⁴ LATORRE, Álvaro Mesa. El control de convencionalidad: un acto racional o irracional? **Estudios Constitucionales**, a. 16, n. 1, p. 129-166, 2018. p. 147.

Os Estados podem prever em seus ordenamentos cláusulas de interpretação conforme. Bolívia, Colômbia, Peru, México, Espanha e Portugal, por exemplo, preveem cláusulas como essa em suas constituições.¹²⁷⁵ Mas independentemente de previsão constitucional expressa, se uma norma constitucional, legal ou administrativa possibilita mais de uma interpretação, é *dever* do intérprete e condutor da função administrativa fazer preferível aquela que coincida ou não colida com os tratados de direitos humanos. Nas suas vertentes interpretativas e de aplicação, a Administração Pública não só pode, mas deve exercer de ofício o controle de convencionalidade.¹²⁷⁶ O que, pela lógica, obriga afastar as interpretações que colidem com os tratados e com a interpretação que lhes dão as Cortes Internacionais competentes, neste último caso, desde que não mais favoráveis.

Primeiro deve ser buscada a interpretação convencionalmente adequada porque o princípio da boa-fé leva a uma presunção de que o Legislador buscou editar leis e o Executivo e outros órgãos com competência regulamentar buscaram editar atos administrativos conforme os tratados de direitos humanos. Só se impossível a interpretação compatibilizadora é que se passa, na função administrativa ao controle de convencionalidade classificado didaticamente como repressivo propriamente dito.¹²⁷⁷ A presunção de convencionalidade e também o princípio democrático, que irradia sobre as manifestações de todas as funções estatais, fazem com que a declaração de inconvenção seja a *ultima ratio*, apenas quando a “afronta ao sistema revelar-se manifesta e insanável.”¹²⁷⁸

Todo tipo de controle deve estar acompanhado da interpretação da norma convencional à luz do entendimento que lhe tem a Corte IDH na sua jurisprudência,¹²⁷⁹ sendo

¹²⁷⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 549-550.

¹²⁷⁶ GUERRA, Eduardo J. Mitre. La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 453.

¹²⁷⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 130-131; ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 33.

¹²⁷⁸ É a posição de Juarez Freitas quando discorre sobre a declaração de inconstitucionalidade, cujo argumento se aplica por ser de interpretação sistemática do Direito, e não só da Constituição e ou dos tratados de direitos humanos: “A este preceito interpretativo encontram-se vinculadas, normalmente, de modo indissolúvel, a presunção de constitucionalidade e a técnica segundo a qual deve o juiz declarar a inconstitucionalidade apenas quando rigorosamente manifesta a antijuridicidade omissiva ou comissiva. O mais deveria ser objeto de conserto interpretativo à base da multiplicidade amplíssima de alternativas oferecidas pela Carta.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 221).

¹²⁷⁹ 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,

a interpretação convencional uma modalidade de exercício de controle de convencionalidade. Ela não supõe interpretações *sucessivas* entre as normas de diferente origem incidentes no caso. Quer dizer, prioritariamente não se orienta pelo escalonamento de interpretação *primeiro* conforme a Constituição e *segundo* conforme os tratados de direitos humanos (ou vice-versa). Como explica Mac-Gregor, ela exige a harmonização simultânea das normas previstas naqueles instrumentos de maior hierarquia normativa. Isto é, uma interpretação conforme a Constituição *e ao mesmo tempo* conforme os tratados de direitos humanos, sempre sob orientação do princípio *pro persona*.¹²⁸⁰

Dentre diversas interpretações possíveis sobre normas de direitos humanos, deverá prevalecer a mais ampla e mais protetiva ao ser humano, ou que menos restrinja os direitos. Se há mais de uma interpretação possível para uma norma, e uma delas é inconveniente, aquela convencional é preferível.¹²⁸¹ Ademais, a interpretação conforme deve acontecer diante de normas de direito material ou de direito processual. Não há uma limitação para sua utilização que use como critério a natureza da norma jurídica.¹²⁸² O que permite interpretar normas de processo administrativo à luz dos tratados internacionais de direitos humanos. Pois recusar a interpretação conforme os tratados, seja da normativa constitucional ou infraconstitucional, pode gerar responsabilização internacional do Estado.¹²⁸³ A interpretação conforme deve acontecer com apoio da jurisprudência ou opiniões manifestadas pelos órgãos internacionais competentes para interpretar determinado tratado, a exemplo de Comitês internacionais ou Cortes.¹²⁸⁴ A conclusão vale para normas de natureza legal e administrativa, e para normas constitucionais também, que devem ser interpretadas em conformidade com a CADH.¹²⁸⁵

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, 2016. p. 241.

¹²⁸⁰ A interpretação conforme, como técnica de controle de convencionalidade de grau fraco, “requer uma atividade criativa para lograr a compatibilidade da norma nacional conforme o parâmetro convencional e assim lograr a efetividade do direito ou liberdade de que se trata, com os maiores alcances possíveis em termo do princípio *pro homine*.” (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 578).

¹²⁸¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: Fundap, 2012. p. 363.

¹²⁸² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 555.

¹²⁸³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdiccional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 63-64.

¹²⁸⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 556.

¹²⁸⁵ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-

Se apesar do emprego das técnicas interpretativas não houver solução de compatibilização com a norma de direitos humanos, deverá o agente administrativo exercer controle repressivo, mediante declaração de inconveniencialidade da norma ou prática estatal e recusa de aplicação da norma ou de conformidade com a prática. Trata-se de um dever, e não de uma faculdade.¹²⁸⁶ O controle de convencionalidade repressivo seria o controle *autêntico* segundo Eduardo J. Mitre Guerra, que leva à recusa de aplicação de uma norma incompatível com um tratado de direitos humanos.¹²⁸⁷

Na função administrativa, propõe-se que essa recusa se dá por ato de *declaração administrativa de inconveniencialidade*, com reconhecimento de invalidade da norma ou prática, porque para esta tese não há distinção fundamental ou essencial entre afastar, invalidar e declarar uma norma inconveniencial em procedimentos ou processos administrativos. Como visto acima, aquela distinção é um subterfúgio semântico para evitar o reconhecimento claro de que outras funções que não a jurisdicional também podem controlar a convencionalidade de normas e práticas, negando aplicabilidade ao que é contrário aos tratados de direitos humanos. A única distinção relevante que a diferenciação das expressões evoca está nos diferentes *efeitos* que a declaração de inconveniencialidade administrativa pode desencadear, o que é uma característica de uma mesma conduta (o ato declaratório da inconveniencialidade), e não duas (o ato declaratório e a não aplicação).

Por isso, propõe-se taxar o controle de convencionalidade nacional repressivo pela função administrativa como técnica jurídica que ocasiona uma declaração de inconveniencialidade, que poderá ser ou limitada à situação jurídica sob decisão administrativa, ou à generalidade de situações jurídicas e interessados sujeitos à incidência de uma norma ou prática estatal. Em qualquer dos casos, trata-se de invalidação de normas e da consequente recusa de sua eficácia; e no caso em que a prática estatal é objeto de controle, além de eventual invalidação, a simples recusa de cumprimento da ordem, comando ou provimento por ela determinados. Não se trata, portanto, de um simples controle de

GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad**: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. México: Fundap, 2012. p. 363.

¹²⁸⁶ LEAL, Mônia Clarissa Henning; HOFFMANN, Grégora Beatriz. O constitucionalismo transformador e o ‘diálogo inevitável’: a influência do *ius constitutionale commune* na consolidação do Estado de Direito na América Latina. **Revista Argumentum**, Marília, v. 22, n. 2, p. 507-528, maio-ago. 2021. p. 512.

¹²⁸⁷ GUERRA, Eduardo J. Mitre. La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 448.

convencionalidade preventivo pela função administrativa,¹²⁸⁸ de menor importância se comparado ao controle nacional pelo Judiciário.

A inaplicação declarada de normas por razões de inconveniência deve acontecer apenas quando a contrariedade é manifesta, como visto acima. Lázaro compartilha dessa opinião, mas defende que inaplicação por decisão de autoridade interna, nos limites de suas competências, somente poderia acontecer também se já há um parâmetro interpretativo previamente definido em âmbito internacional a respeito da norma convencional paradigma de controle. Os Casos Almonacid Arellano e La Cantuta seriam exemplos de que aqueles critérios são exigidos por parte da Corte: jurisprudência prévia formada a respeito da invalidade de leis de anistia que possibilitaria as autoridades competentes a não aplicar as leis internas¹²⁸⁹ ou descumprir decisões administrativas ou judiciais nelas fundamentadas.

Entende-se, entretanto, que não se deve exigir no plano interno que uma dada interpretação tenha sido previamente fixada pela Corte IDH ou Comissão IDH no sentido de uma inconveniência. Ou seja, não é requisito imprescindível para exercício de controle de convencionalidade nacional que já tenha havido controle de convencionalidade internacional. Essa, aliás, é orientação contrária à *ratio decidendi* dos julgados da Corte IDH que orientam os contornos básicos da técnica, pois contrária ao princípio da subsidiariedade.

Se uma controvérsia foi decidida previamente pela Corte IDH, as autoridades administrativas deverão, a princípio, seguir a linha jurisprudencial internacional, com a ressalva da possibilidade de fazer a distinção no caso concreto ou da possibilidade de se utilizar do critério *pro persona* para fazer valer a solução mais favorável ou menos restritiva. Porém, se a Corte IDH ainda não possui parâmetro interpretativo definido sobre alguma controvérsia que envolva normas convencionais isso não pode ser nunca um impeditivo ao controle de convencionalidade nacional. Nesses casos o controle é autorizado, e a liberdade

¹²⁸⁸ Alves e Leal defendem a recusa de aplicação de lei contrária a tratados de direitos humanos pela função administrativa. Mas classificam dita recusa como se fosse um controle preventivo de convencionalidade, sendo reservado o controle repressivo apenas à função jurisdicional segundo os autores: “Já o **controle interno preventivo difuso** de convencionalidade deverá ser realizado por toda autoridade administrativa, ao executar a norma em um caso concreto. Isso porque se sustenta que o administrador não está adstrito apenas à lei, em sentido estrito, mas à norma, em sentido amplo. Desse modo, há um dever de aplicação do direito que lhe é imposto, devendo, em toda sua atuação, realizar a sua execução em conformidade com o conjunto normativo. Assim, se uma lei, em determinado caso concreto, afrontar um tratado internacional sobre direitos humanos, decorre a aplicabilidade direta da norma convencional, devendo esta ser, motivadamente – razões de fato e de direito – aplicada pelo administrador, em detrimento da norma interna inconveniente, sem que haja a necessidade de se enfrentar a questão da hierarquia normativa.” (ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 46-47/53).

¹²⁸⁹ LÁZARO, María Carmelina Londoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, a. 43, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. p. 811.

interpretativa das autoridades nacionais é maior até que a Corte IDH estabeleça uma posição. Opinião contrária inviabilizaria o efeito útil dos tratados até que o processamento no SIDH encerrasse, o que sequer é certo que acontecerá e leva décadas.

2.3.2.3. Efeitos gerais da declaração de inconveniência pela função administrativa

Segue-se da proposta de modelo de controle de convencionalidade acima exposta a descrição de efeitos da declaração de inconveniência pela função administrativa. Os efeitos vão variar de acordo com a espécie de controle de convencionalidade, seja ela **(i)** a repressiva de norma ou prática; **(ii)** a preventiva de norma ou prática; ou **(iii)** por omissão.

(i) Efeitos do controle de convencionalidade repressivo: sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, defende-se que todo órgão estatal com poder decisório tem competência para realizar o controle de convencionalidade. Porém, “os efeitos da declaração de inconveniência dependem do órgão que a proclamou.”¹²⁹⁰ Nos processos administrativos decididos pela Administração Pública a declaração de inconveniência deve se limitar, a princípio, ao caso concreto, de modo que os efeitos são *inter partes* e retroativos. Isto é, órgãos administrativos estão obrigados a exercer de ofício o controle de convencionalidade repressivo, correspondente a declarar uma inconveniência e “não aplicar o direito interno que controlou para o caso concreto, e com efeito entre as partes (e não *erga omnes*).”¹²⁹¹

A análise da invalidade e declaração valem como regra apenas para o caso, facultado aos que se sentirem prejudicados judicializar a questão e buscar solução distinta perante o Poder Judiciário. Não há exigência de majorias absolutas para declaração de inconveniência, nem mesmo quando a questão está sob julgamento em órgão administrativo colegiado. O art. 97 da Constituição sobre a cláusula de reserva de plenário tem aplicação restrita aos processos judiciais, e ao controle de constitucionalidade. Não é regra compatível com o controle de convencionalidade administrativo, no qual qualquer órgão administrativo singular ou colegiado por maioria simples pode declarar a inconveniência de norma ou prática.

¹²⁹⁰ GUERRA, Sidney. Gomes Lund x República Federativa do Brasil: o caso junto à Corte Interamericana. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 313.

¹²⁹¹ ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 33.

Observe-se que se defende que não há, *como regra*, extensão geral de efeitos invalidatórios na função administrativa (efeitos *erga omnes*). Mas pode haver esse efeito geral e abstrato da invalidação *no âmbito da função administrativa* quando: **(a)** a norma objeto de controle é uma norma administrativa editada pelo próprio órgão controlador ou a prática administrativa objeto de controle foi produzida pelo próprio órgão, que no exercício da autotutela declara a inconvenção e extirpa formalmente o ato administrativo do mundo jurídico (seja ele jurídico ou material); **(b)** a norma objeto do controle não foi editada pelo próprio órgão controlador, mas a Administração Pública por seus órgãos hierárquicos competentes editem normativa expansiva da solução invalidadora.

Essa segunda hipótese dá cumprimento ao princípio da segurança jurídica, materializado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942, alterado pela Lei Federal n. 13.655/2018).¹²⁹² Há no ordenamento brasileiro uma obrigação legal de homogeneizar as soluções administrativas via regulamentos, súmulas e respostas a consultas, bem como via outros atos administrativos de natureza normativa e que vinculam indistintamente todos os órgãos subordinados. Pode, portanto, uma declaração de inconvenção de um caso concreto ou em abstrato ser expandida nessas hipóteses concretizadoras da segurança jurídica, o que gera inevitavelmente efeitos *erga omnes* à declaração de inconvenção por replicação automática da solução determinada normativamente no âmbito administrativo. Se o órgão subordinado discordar da solução, se ele possui competência decisória há uma margem para realizar ele próprio o controle de convencionalidade com observância do princípio *pro persona*, desde que supere mediante motivação adequada o ônus argumentativo necessário para inaplicar a súmula, resolução, regulamento, ou outro ato que tenha atribuído efeitos gerais e abstratos a uma declaração administrativa de inconvenção.

No controle de convencionalidade normativo de invalidade cabe “perguntar se a invalidação produz seus efeitos *pro futuro* ou retroativos, gerais ou particulares, assuntos que a Corte Interamericana todavia não definiu.”¹²⁹³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor defende que, a princípio, as normas inconvenções careceriam de efeitos *ex tunc* (retroativamente), embora

¹²⁹² (LINDB) “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

¹²⁹³ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014. p. 135.

confesse que essa é “uma problemática difícil que terá de ser considerada pelos operadores jurídicos nacionais.”¹²⁹⁴

Nesse sentido, entende-se que tanto no caso em que os efeitos são *inter partes* ou *erga omnes*, a retroação da invalidade é a regra (efeitos *ex tunc*). Assim se conclui porque não se pode, como regra, sustentar que norma inconvençãoal foi válida e produziu efeitos desde seu nascedouro.

A regra geral admite exceções. Haverá situações em que a inconvençãoalidade é superveniente, como quando um novo tratado de direitos humanos é ratificado ou quando a nova interpretação que se dá à norma convencionál acarreta invalidação de normas inferiores. Essa situação exigirá a decretação expressa do momento em que a declaração de inconvençãoalidade passou a surtir efeitos (efeitos prospectivos, *ex nunc*), que não será o da edição da norma controlada. De outro lado, mesmo no âmbito administrativo defende-se que é permitida a modulação dos efeitos da inconvençãoalidade como maneira de preservar a segurança jurídica¹²⁹⁵, o que deverá ser feito em conjunto com as partes públicas e privadas interessadas com exercício pleno do contraditório e com observância do princípio da proporcionalidade.¹²⁹⁶ Apesar de não haver lei que regule o controle de convencionálidade, as normas do art. 21, parágrafo único e art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942) dão o necessário suporte à decisão de modulação no âmbito da função administrativa.¹²⁹⁷

¹²⁹⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionálidad en el Estado Constitucional. **Urbe et Ius - Revista de Opinión Jurídica**, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013. p. 39.

¹²⁹⁵ “Aliás, muitas vezes, a modulação dos efeitos é necessária, justamente, em razão do cumprimento pela Administração de leis inconstitucionais (...)” (MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 18).

¹²⁹⁶ No estudo do controle de constitucionalidade essa é a solução sugerida por Bulos: “A depender do caso concreto, por exemplo, nada impede o Supremo proferir a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente para o futuro, em vez de seguir o caminho ortodoxo de imprimir à sua sentença eficácia retroativa (*ex tunc*), sob o argumento de que se está lidando com o controle difuso. Evidente que essa margem de discricionariedade conferida ao Pretório Excelso, para a fixação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não pode conduzir ao arbítrio, nem ao abuso. Tanto é assim que se condiciona pelo princípio da proporcionalidade.” (BULOS, Ueadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 349).

¹²⁹⁷ (Decreto-lei n. 4.657/1942) “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.” “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”

Afora a atribuição de efeitos *erga omnes*, que exige a edição de atos administrativos anulatórios ou normativos com ampla publicidade, o controle de convencionalidade na função administrativa prescinde de maiores formalidades. Desde que preservado o contraditório prévio aos interessados¹²⁹⁸ por vedação a decisões surpresas¹²⁹⁹ e realizado em caráter prejudicial ao mérito¹³⁰⁰, se dá de ofício sem maiores solenidades ou exigências, como é próprio da processualidade administrativa orientada pelo princípio do formalismo moderado¹³⁰¹ e pela instrumentalidade das formas.¹³⁰² O que importa é que no processo administrativo o agente público sempre controle a convencionalidade de seus atos – o que consiste, de modo geral, na verificação de adequação entre sua manifestação e os tratados de direitos humanos¹³⁰³, e se concretiza via controle construtivo interpretativo ou controle repressivo.

(ii) Efeitos do controle de convencionalidade preventivo de norma ou prática: o controle preventivo tem como principal efeito *evitar* da norma ou prática inconveniente. É no procedimento de produção da norma ou execução da prática que a função administrativa identifica e declara a inconveniente que *seria* gerada se aperfeiçoado o ato. Identificada a inconveniente antes de seu nascedouro, é consequência dela a abstenção da função administrativa quanto à edição do ato ou execução e cumprimento da prática.

(ii) Efeitos do controle de convencionalidade por omissão: já foi anunciado anteriormente que o principal efeito dessa espécie de controle é o de publicizar a ausência da

¹²⁹⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 355.

¹²⁹⁹ Os juízes ao realizarem controle de ofício e difuso de convencionalidade devem observar o art. 10 do CPC, que veda as decisões surpresa. Intimar previamente as partes para manifestação a respeito da (in)convencionalidade pretendida é dever do magistrado derivado dos direitos ao contraditório, devido processo legal e à paridade de armas. Razões essas que orientam a mesma conclusão para o exercício do controle de convencionalidade em sede administrativa. (Cf. ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; TERREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. O controle de convencionalidade difuso de ofício e a vedação das decisões-surpresa. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 20, n. 2, p. 317-336, jul./dez. 2019. p. 330).

¹³⁰⁰ Como sustentam Martins e Moreira no controle jurisdicional de convencionalidade. Cf. MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 476.

¹³⁰¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 186-191.

¹³⁰² “Nesse aspecto, o CtCv [controle de convencionalidade], como todo instrumento processual, está sujeito ao princípio da instrumentalidade das formas, por isso existe para proteger um interesse ou atingir uma finalidade.” (MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan; LIRA, Yure. Controle de convencionalidade nos recursos excepcionais. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 156).

¹³⁰³ FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo a los tratados internacionales de derechos humanos. **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 353-382, jul./dez.2014. p. 354.

norma ou prática concretizadora de um direito humano ou de cumprimento de decisão internacional, seja da Comissão IDH ou da Corte IDH.

No entanto, a declaração de uma omissão inconvenção pela função administrativa pode, em certos casos, ter como efeito acessório da publicização o efeito supletivo de uma competência. Isso ocorre quando falta à autoridade administrativa a autorização legal ou regulamentar para dar atendimento a um direito humano, ou quando lhe faltam os meios necessários para tanto. Nesses casos, abaixo exemplificados, defende-se que a Administração Pública pode agir com respaldo direto no bloco de convencionalidade, sem que seja necessária lei editada pelo Poder Legislativo. Ao que se dá o nome de efeito supletivo da declaração de inconvenção por omissão são expostos exemplos e detalhes operacionais no capítulo 3.

3. ASPECTOS PRÁTICOS DO MODELO PROPOSTO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS

O controle de convencionalidade acontece em face de normas, práticas e omissões legislativas e administrativas. Ele é a técnica de adequação de normas e práticas aos direitos humanos durante a produção, interpretação e aplicação normativa pela função administrativa, que pode resultar até mesmo em invalidação normativa (ou não aplicação, como visto anteriormente). Afinal, de acordo com o defendido nesta tese cabe à função administrativa cumprir os direitos humanos de maneira efetiva e de boa-fé, nos limites de suas competências, seja suprimindo as normas e decisões a eles contrárias, seja agindo positivamente para efetivá-los, sem dependência da intervenção de outras funções estatais.¹³⁰⁴ Por isso, sobretudo, o controle de convencionalidade *não* se confunde com mera aplicação de normas, nem mesmo em sede administrativa. A aplicação de normas é um pressuposto do controle, que exige o emprego de normas em casos concretos. Mas não se confunde com o controle em si, técnica de compatibilização *entre* normas ou *entre* normas e práticas.

A partir da proposta de modelo de controle de convencionalidade elaborada, o capítulo 3 tem por objetivo demonstrar de que forma a função administrativa pode, concretamente, declarar a inconveniência de normas e práticas. A partir de exemplos, busca identificar de que forma em procedimentos e processos administrativos as diferentes autoridades condutoras da função administrativa de Estado devem analisar a contrariedade da atuação estatal com tratados de direitos humanos. O capítulo tem por finalidade demonstrar a viabilidade e utilidade da tese do controle alargado de convencionalidade por qualquer agente público com competência decisória. Também busca demonstrar os efeitos práticos da técnica e alterações que o controle de convencionalidade pela função administrativa pode provocar na concretização dos direitos humanos.

3.1. O controle de convencionalidade de normas pela função administrativa

Mario Molina Hernández sugere um modelo de controle administrativo de convencionalidade em que caberia à função administrativa, nos marcos de suas competências, cumprir sentenças internacionais, aplicar normas convencionais e interpretar normas

¹³⁰⁴ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad y la Administración Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 649-653.

conforme os tratados, editar atos, decisões administrativas e conduzir políticas públicas em conformidade com tratados de direitos humanos.¹³⁰⁵ É conveniente assimilar parte das sugestões do autor para explicitar os aspectos práticos do exercício de controle de convencionalidade pela função administrativa. A iniciar pela demonstração de como pode a função administrativa realizar controle de convencionalidade nacional cujo objeto seja uma norma de natureza legislativa, objeto deste subcapítulo. Por mais que atos administrativos também sejam normas – o que em absoluto não está errado –, a tese orienta-se por classificação que recolhe os atos administrativos de quaisquer espécies às práticas estatais, como se justificará no subcapítulo 3.2.

Para qualquer caso de análise para declaração de inconveniência de normas, o momento temporal relevante é o da ratificação do tratado, que servirá de critério para a declaração de inconveniência.¹³⁰⁶ Se a análise de controle de convencionalidade é feita diante de norma que se desconfia inconveniente e entrou em vigência anteriormente à data de ratificação do tratado, não se trata a rigor não de controle de convencionalidade, cujo efeito é a declaração de invalidade. Trata-se, na verdade, de caso em que a norma posterior *revoga* tacitamente a norma anterior, não passando isso de mera revogação. Se, porém, a norma entra em vigor *após* a ratificação de um tratado, o caso é de inconveniência sujeita a declaração via controle de convencionalidade. Essa última hipótese acarretará a invalidação da norma legal contrária ao tratado de direitos humanos,¹³⁰⁷ como se demonstrará com exemplos a seguir.

A Administração Pública está jungida ao respeito da Constituição, da lei e das demais normas jurídicas, nos termos do que prescreve a juridicidade. Identificada pelo agente público no exercício da função administrativa alguma lei contrária a um direito humano convencional, tal como interpretado internacionalmente, cumpre-lhe controlar a convencionalidade em processo ou procedimento administrativo. Caso não haja processo ou procedimento administrativo em curso, cabe ao agente público instaurá-lo de ofício a fim de motivar as razões que indicam a inconveniência e seus efeitos.

¹³⁰⁵ HERNÁNDEZ, Mario Molina. Administración pública y controle de convencionalidad: problemáticas y desafíos. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dez. 2018. p. 294-295.

¹³⁰⁶ Cf. subcapítulo 1.3.2.

¹³⁰⁷ MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011. p. 475-476.

No processo administrativo ou procedimento administrativo¹³⁰⁸, ao identificar a existência de um tratado de direitos humanos ratificado cuja matéria é afeta ao tema objeto de decisão, primeiro o agente público deverá proceder a uma interpretação conforme da norma constitucional. Uma cláusula de interpretação conforme, segundo Mac-Gregor, é “a técnica hermenêutica por meio da qual os direitos e liberdades constitucionais são harmonizados com os valores, princípios e normas contidas nos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelos Estados, assim como pela jurisprudência dos tribunais internacionais (e por vezes outras resoluções e fontes internacionais), para alcançar sua maior eficácia e proteção.”¹³⁰⁹ Na aplicação das leis cabe às autoridades administrativas interpretarem de acordo com as normas de direitos humanos. Mais: cabe a elas realizar a interpretação em conformidade com a jurisprudência internacional. Conforme lecionam Leal e Hoffmann, “Os pronunciamentos da Corte Interamericana configuram decisão vinculante, e esses pronunciamentos adquirem ainda mais força em relação a fatos que são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito do Pacto de San José da Costa Rica.”¹³¹⁰

Qualquer órgão que exerce função administrativa deve realizar interpretação convencionalmente adequada de normas, mediante o que Sagüés chama de controle construtivo de convencionalidade. O controle construtivo compete fragmentadamente a toda Administração Pública. O controle de convencionalidade construtivo deve ser sempre a primeira conduta a ser tomada pelo Poder Público quando se depara com uma norma legal supostamente contrária a um tratado de direitos humanos.¹³¹¹

A Corte IDH reconhece que os diferentes sistemas jurídicos dos diversos Estados signatários da CADH podem contemplar significados distintos para a expressão “lei”. Por vezes lida restritivamente, como norma emanada do Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, por vezes lida ampliadamente para abarcar normas jurídicas emanadas por qualquer poder do Estado. No entanto, ao esclarecer o significado do vocábulo “lei” contido no art. 30, sobre restrições aos direitos humanos convencionais, a Corte IDH consignou como

¹³⁰⁸ A sequência de atos administrativos representa o procedimento, gênero. O procedimento será qualificado como processo administrativo, espécie, quando disciplinado por um regime próprio de direitos e garantias constitucionais e convencionais a ele reservados. Na linha sustentada por Bacellar Filho, “De procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos desde que caracterizada situação demandante de participação dos interessados em contraditório.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 51).

¹³⁰⁹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 549.

¹³¹⁰ LEAL, Mônia Clarissa Henning; HOFFMANN, Grégora Beatriz. O constitucionalismo transformador e o ‘diálogo inevitável’: a influência do *ius constitutionale commune* na consolidação do Estado de Direito na América Latina. **Revista Argumentum**, Marília, v. 22, n. 2, p. 507-528, maio-ago. 2021. p. 522.

¹³¹¹ SAGUES, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 146-147.

regra geral o entendimento de que a menção à “lei” contida na CADH remete à norma produzida pelo Poder Legislativo eleito democraticamente, em debate parlamentar com participação indireta das minorias pelos seus representantes. No art. 30 da CADH a “expressão leis (...) não pode ter outro sentido que o de lei formal, é dizer, norma jurídica adotada pelo órgão legislativo e promulgada pelo Poder Executivo, segundo o procedimento requerido pelo direito interno de cada Estado.”¹³¹² Em Estados democráticos, além do respeito ao procedimento constitucional para elaboração das leis, é exigido ademais que seu conteúdo seja adequado aos direitos humanos e dirigidos a uma finalidade legítima.¹³¹³

Já foi dito à exaustão que antes da invalidação aberta de norma legal, durante o procedimento de controle de convencionalidade, primeiro cabe às autoridades administrativas interpretarem a legislação produzida pelo Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores em acordo com as normas de direitos humanos.

Em relação ao controle de convencionalidade de leis, é possível apresentar um exemplo de interpretação convencionalmente adequada que evita a declaração de inconvencionalidade, e que pode ser extraído das previsões legais de cautelares administrativas que limitam o direito de propriedade, previsto no art. 21 da CADH.¹³¹⁴

O art. 21.1 da CADH garante a propriedade como um direito humano, e permite que “A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.” No Brasil, a legislação esparsa prevê uma série de cautelares patrimoniais que podem ser decretadas na função administrativa, sem a participação do Judiciário.

Flávio Garcia Cabral denomina de medidas cautelares patrimoniais ou reais aquelas determinadas na função administrativa e que atingem o direito de propriedade. O autor lista uma série de exemplos¹³¹⁵, entre eles: a medida de indisponibilidade de bens decretada pelo Tribunal de Contas da União em processos de sua competência (art. 44, § 2º da Lei n. 8.443/92)¹³¹⁶; as medidas de apreensão de bens e destruição ou inutilização de produtos e

¹³¹² CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 6/86. Sobre a expressão “leis” do artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Publicada em 9 maio 1986. § 27.

¹³¹³ CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 6/86. Sobre a expressão “leis” do artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Publicada em 9 maio 1986. § 32.

¹³¹⁴ (CADH) “Art. 21. Direito à Propriedade Privada. 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.”

¹³¹⁵ CABRAL, Flávio Garcia Cabral. **Medidas cautelares administrativas**: regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 37/164-223.

¹³¹⁶ (Lei n. 8.443/92) “Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a

demolição prevista nas Decreto n. 6.514/08 regulamentador da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98)¹³¹⁷; a retenção e apreensão de veículos, a remoção de veículos, bem ou produto e a interdição de estabelecimento ou equipamento pela Agência Nacional de Transportes Terrestres, previstas no Decreto n. 2.521/98 regulamentador da Lei n. 10.223/01¹³¹⁸; a medida cautelar de interdição de estabelecimentos, instalações e equipamentos, apreensão de bens e produtos, permitida de modo geral às autoridades integrante de agências reguladoras nos termos da Lei n. 10.871/04 e as medidas cautelares de indisponibilidade de bens nos processos de liquidação e intervenção extrajudicial de instituições integrantes do sistema financeiro nacional, conforme a Lei n. 6.024/74.¹³¹⁹

Cabral também discorre sobre as medidas cautelares de indisponibilidade de bens de administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial (Lei Complementar n. 109/01)¹³²⁰; a medida cautelar de indisponibilidade de bens de administradores e

realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento. § 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.”

¹³¹⁷ (Decreto n. 6.514/08) “Art. 101. Constatada a infração ambiental, o agente autuante, no uso do seu poder de polícia, poderá adotar as seguintes medidas administrativas: I - apreensão; (...) V - destruição ou inutilização dos produtos, subprodutos e instrumentos da infração; e VI - demolição. § 1º As medidas de que trata este artigo têm como objetivo prevenir a ocorrência de novas infrações, resguardar a recuperação ambiental e garantir o resultado prático do processo administrativo. Art. 111. Os produtos, inclusive madeiras, subprodutos e instrumentos utilizados na prática da infração poderão ser destruídos ou inutilizados quando: I - a medida for necessária para evitar o seu uso e aproveitamento indevidos nas situações em que o transporte e a guarda forem inviáveis em face das circunstâncias; ou II - possam expor o meio ambiente a riscos significativos ou comprometer a segurança da população e dos agentes públicos envolvidos na fiscalização.”

¹³¹⁸ (Decreto n. 2.521/98) “Art. 79. As infrações às disposições deste Decreto, bem como às normas legais ou regulamentares e às cláusulas dos respectivos contratos, sujeitará o responsável às seguintes consequências definidas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres: (...) II - medida administrativa cautelar de: a) retenção de veículo; b) remoção de veículo, bem ou produto; c) apreensão de veículo; d) interdição de estabelecimento, instalação ou equipamento;”.

¹³¹⁹ (Lei n. 6.024/74) “Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades. § 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato. § 2º Por proposta do Banco Central do Brasil, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, a indisponibilidade prevista neste artigo poderá ser estendida: a) aos bens de gerentes, conselheiros fiscais e aos de todos aqueles que, até o limite da responsabilidade estimada de cada um, tenham concorrido, nos últimos doze meses, para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial, b) aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham a qualquer título, adquirido de administradores da instituição, ou das pessoas referidas na alínea anterior desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei. (...) Art. 38. Decretada a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência, o interventor, o liquidante o escrivão da falência comunicará ao registro público competente e às Bolsas de Valores a indisponibilidade de bens imposta no artigo 36.”

¹³²⁰ (Lei Complementar n. 109/01) “Art. 59. Os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-

conselheiros fiscais das Sociedades de Seguros ou de capitalização, que entrarem em regime de liquidação extrajudicial compulsória (Lei n. 5.627/70)¹³²¹; a medida cautelar de indisponibilidade de bens de decretada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar em face de administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial (Lei n. 9.656/98)¹³²²; as medidas cautelares de apreensão e inutilização de produto, suspensão de fornecimento de produto, suspensão temporária de atividade e interdição de estabelecimento previstas no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e aplicáveis pelos órgãos administrativos de proteção ao consumidor¹³²³; as medidas cautelares de apreensão, inutilização ou interdição de produto, suspensão de vendas ou fabricação de produto e interdição de estabelecimento permitidas à Agência Nacional de Vigilância Sanitária em processos administrativos de apuração de infração à legislação sanitária (Lei n. 6.437/77)¹³²⁴; a medida cautelar de retenção de veículo

los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades. § 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção ou liquidação extrajudicial e atinge todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores. § 2º A indisponibilidade poderá ser estendida aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham adquirido, a qualquer título, das pessoas referidas no caput e no parágrafo anterior, desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei Complementar.”

¹³²¹ (Lei n. 5.627/70) “Art. 2º Os administradores e conselheiros fiscais das Sociedades de Seguros ou de capitalização, que entrarem em regime de liquidação extrajudicial compulsória, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo os referidos bens ser vendidos, cedidos ou prometidos vender, vedada a constituição de ônus reais sobre eles. Parágrafo único. A indisponibilidade de que trata o presente artigo decorrerá do ato que declarar o regime da liquidação extrajudicial compulsória e atingirá todos aqueles que tenham exercido as funções nos 12 (doze) meses anteriores ao mesmo ato. Art 3º Os administradores e conselheiros, cujos bens sejam declarados indisponíveis, somente poderão ausentar-se do lugar da liquidação mediante prévia autorização da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), atendido, no que couber o disposto no item III, do art. 34, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.”

¹³²² (Lei n. 9.656/98) “Art. 24-A. Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial, independentemente da natureza jurídica da operadora, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades. § 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a direção fiscal ou a liquidação extrajudicial e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato. § 2º Na hipótese de regime de direção fiscal, a indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo poderá não alcançar os bens dos administradores, por deliberação expressa da Diretoria Colegiada da ANS. § 3º A ANS, *ex officio* ou por recomendação do diretor fiscal ou do liquidante, poderá estender a indisponibilidade prevista neste artigo: I - aos bens de gerentes, conselheiros e aos de todos aqueles que tenham concorrido, no período previsto no § 1º, para a decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial; II - aos bens adquiridos, a qualquer título, por terceiros, no período previsto no § 1º, das pessoas referidas no inciso I, desde que configurada fraude na transferência.”

¹³²³ (CDC) “Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: (...) II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; (...) X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; (...)”

¹³²⁴ (Lei n. 6.437/77) “Art. 2º - Sem prejuízo das sanções de natureza civil ou penal cabíveis, as infrações sanitárias serão punidas, alternativa ou cumulativamente, com as penalidades de: (...) III - apreensão de produto; IV - inutilização de produto; V - interdição de produto; VI - suspensão de vendas e/ou fabricação de produto; VII - cancelamento de registro de produto; VIII - interdição parcial ou total do estabelecimento; (...)”

prevista no CTB (Lei n. 9.503/97)¹³²⁵ e a cláusula genérica de medidas cautelares prevista no art. 45 da Lei n. 9.784/99.¹³²⁶

Nenhum desses vários dispositivos de medidas cautelares administrativas registrados por Cabral é inconveniente por si mesmo, haja vista a permissão expressa do art. 21.1 da CADH para que a lei regule, subordinadamente ao interesse social, o direito de propriedade.

Ocorre que, a depender da interpretação que se faça das referidas leis, se a Administração Pública sempre empregar em qualquer caso ditas medidas cautelares, há o risco de o condicionamento legal à propriedade vir a se tornar inconveniente. É preciso, por isso, fazer uma interpretação convencionalmente adequada dos dispositivos legais nacionais, a fim de compatibilizá-los com o sentido que a Corte IDH dá ao art. 21.1 da CADH.

No Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador (2007), a Corte IDH se manifestou sobre os limites do emprego de cautelares patrimoniais em processos penais. A interpretação dada pela Corte IDH naquele caso serve ao entendimento de como as disposições legais permissivas de cautelares reais em qualquer processo estatal (penal ou administrativo) devem ser empregadas. A Corte IDH reconhece a importância e relevância das cautelares reais para proteção do resultado útil de um processo. No entanto, “a Corte considera que a adoção de medidas cautelares reais deve ser previamente justificada pela ausência de outros tipos de medidas menos restritivas do direito de propriedade.”¹³²⁷ As medidas cautelares só são convencionais se proporcionais e se úteis à finalidade que as justifica, o que se não for respeitado, acarreta em arbitrariedade.¹³²⁸ Portanto, uma medida

¹³²⁵ V.g. “Art. 162. Dirigir veículo: I - sem possuir Carteira Nacional de Habilitação, Permissão para Dirigir ou Autorização para Conduzir Ciclomotor: (...) Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado;”

¹³²⁶ (Lei n. 9.784/99) “Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.”

¹³²⁷ CORTE IDH. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador. Sentença de 21 nov. 2007. § 188.

¹³²⁸ O trecho inteiro está assim redigido: “188. Sin embargo, la Corte considera que la adopción de medidas cautelares reales debe justificarse previamente en la inexistencia de otro tipo de medidas menos restrictivas del derecho a la propiedad. En este sentido, sólo es admisible la aprehensión y depósito de bienes frente a los cuáles se encuentran indicios claros de su vinculación con el ilícito, siempre y cuando ello sea necesario para garantizar la investigación, el pago de las responsabilidades pecuniarias a que haya lugar o evitar la pérdida o deterioro de la evidencia. Asimismo, la adopción y supervisión de estas medidas debe recaer en funcionarios judiciales, teniendo en cuenta que si desaparecen las razones que justificaron la medida precautoria, el juez debe valorar la pertinencia de continuar con la restricción, aún antes de la finalización del proceso. Este punto es de la mayor importancia, dado que si los bienes no siguen cumpliendo un papel relevante para continuar o impulsar la investigación, la medida cautelar real debe ser levantada, so pena de convertirse en una pena anticipada. Este último evento constituiría una restricción manifiestamente desproporcionada del derecho a la propiedad. 189. Teniendo en cuenta lo anterior, siempre y cuando exista una debida justificación para adoptar estas medidas, la correspondiente afectación que se genera al poder de disposición sobre los bienes no constituye en sí misma una vulneración del derecho a la propiedad. Por ello, la Corte considera que la finalidad que cumplen estas medidas es acorde con la Convención Americana y su existencia no es contraria a lo consagrado en el artículo 21 en consonancia con el artículo 2 de la misma. La controversia relacionada con la alegada arbitrariedad en la

cautelar real administrativa só será de acordo os direitos humanos se não limite desproporcionalmente o direito de propriedade. Se há outra medida idônea e menos gravosa à realização do propósito a que serve a medida cautelar, é dever da função administrativa empregá-la, sob pena de agir de modo inconveniente na interpretação e aplicação da lei.

O que se demonstra nesse exemplo é que em processo administrativo em que caiba à autoridade administrativa competente decretar uma medida cautelar, não é viável a declaração de inconveniência de quaisquer das leis apontadas. Elas são convencionais, desde que a interpretação convencionalmente adequada seja feita. As leis devem ser interpretadas e aplicadas pelo agente público que determina a apreensão de um produto ou interdição de um estabelecimento conforme as diretrizes hermenêuticas propostas pela Corte IDH. Assim, por exemplo, se o PROCON de um determinado Estado da federação recebe denúncia de comercialização de produto que desatende normas de segurança ao consumidor, é legítimo que aplique a medida cautelar de apreensão do produto (art. 56, II do Código de Defesa do Consumidor) enquanto tramita o processo administrativo de apuração. Se presentes os requisitos de verossimilhança da denúncia, a apreensão se justifica para não por em risco o consumidor. No entanto, se não há risco à segurança do consumidor, desqualificada a verossimilhança da denúncia, a apreensão, permitida em lei, não pode acontecer. Não é porque a lei permite uma cautelar que, a juízo discricionário do PROCON, ela sempre poderá ser decretada. Uma interpretação convencionalmente adequada não o permite, sob pena de violação ao art. 21.1 da CADH.

Há casos, porém, em que não é possível interpretar dispositivos a fim de compatibilizá-los com normas convencionais. Ou seja, se o controle de convencionalidade construtivo não é possível, o que permite o *controle repressivo de convencionalidade* pela função administrativa mediante invalidação e consequente “inaplicação” ou “desaplicação” da norma inconveniente, deixando-a sem efeitos. São esses os casos em que a linguagem textual do dispositivo legal não permite ignorar o comando legal dirigido à função administrativa, à qual não recai alternativa senão seguir o comando nos exatos termos ou afastá-lo mediante declaração de inconveniência.

Para Sagüés esse controle repressivo pela Administração Pública só acontece em relação a atos administrativos,¹³²⁹ o que excluiria leis como objeto de controle. Não é a posição admitida nesta tese, em que se entende que cabe à própria função administrativa, sem

aplicación de estas medidas será analizada posteriormente.” (CORTE IDH. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez vs. Equador. Sentença de 21 nov. 2007. § 188).

¹³²⁹ SAGÜES, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 147.

intervenção de outros órgãos ou funções, declarar a inconveniência. Um exemplo, já decidido pelo Judiciário, serve à demonstração daquelas hipóteses em que o controle repressivo de conveniência é cobrado do administrador público.

É o caso da autorização para funcionamento de rádio comunitária exigida pelo art. 2º da Lei n. 9.612/1998. Segundo a lei, cabe ao Ministério das Comunicações analisar os requisitos para funcionamento e autorizar o serviço de radiodifusão comunitária, que não tem finalidade lucrativa.¹³³⁰ A Portaria n. 4.334/2015 do Ministro das Comunicações¹³³¹ regulamenta o processo de outorga daqueles serviços, que são caracterizados pela “radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, sediadas na área da comunidade para a qual pretendem prestar o Serviço” (art. 1º, parágrafo único).¹³³²

A portaria regulamenta os condicionantes para a autorização, como por exemplo a inexistência de outra rádio comunitária no raio de 4 (quatro) quilômetros, o que se justificaria por uma impossibilidade técnica de funcionamento. Mas também veda, por exemplo, que autorizações por outorga sejam concedidas a pessoas físicas ou grupos não constituídos como associação ou fundação civil.¹³³³ Nos casos em que a rádio comunitária pretenda funcionar a 150 (cento e cinquenta) quilômetros da faixa de fronteira, a portaria exige ainda o assentimento do Conselho de Defesa Nacional, com prova de que a orientação intelectual da associação ou fundação caberá a brasileiros natos ou naturalizados a mais de 10 anos e de que o quadro de pessoal será constituído por pelo menos 2/3 de trabalhadores brasileiros. A

¹³³⁰ (Lei n. 9.612/1998) “Art. 2º. O Serviço de Radiodifusão Comunitária obedecerá ao disposto no art. 223 da Constituição, aos preceitos desta Lei e, no que couber, aos mandamentos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, e demais disposições legais. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 2001). Parágrafo único. Autorizada a execução do serviço e, transcorrido o prazo previsto no art. 64, §§ 2º e 4º da Constituição, sem apreciação do Congresso Nacional, o Poder Concedente expedirá autorização de operação, em caráter provisório, que perdurará até a apreciação do ato de outorga pelo Congresso Nacional.”

¹³³¹ (Portaria n. 4.334/2015) “Art. 2º A presente Portaria rege a relação jurídica entre o Ministério das Comunicações e as entidades interessadas em obter autorização ou que já prestem o Serviço de Radiodifusão Comunitária. (...) Art. 70. A autorização para a execução do Serviço de Radiodifusão Comunitária será formalizada mediante portaria do Ministro de Estado das Comunicações, a ser publicada no Diário Oficial da União.”

¹³³² Alterado pela Portaria n. 1.909/2018.

¹³³³ (Portaria n. 4.334/2015) “Art. 12. O CDI não será registrado pelo Ministério das Comunicações quando: I - for formulado por pessoa física ou por pessoa jurídica que não seja associação civil ou fundação; II - o local proposto para instalação do sistema irradiante: a) estiver a uma distância inferior a 4 (quatro) quilômetros do sistema irradiante de uma entidade autorizada a prestar o Serviço de Radiodifusão Comunitária no mesmo Município; b) se encontrar em área que não atenda a qualquer comunidade; ou c) estiver fora do limite geográfico do Município para onde estiver sendo solicitada a outorga; III - for ininteligível; IV - apresentar incorreções quanto ao CNPJ, ao endereço pretendido para instalação do sistema irradiante ou à assinatura do representante legal da entidade. Parágrafo único. A existência de processo de outorga em andamento para a localidade não é óbice ao registro do CDI. VI - comprovação de maioria de todos os diretores; e VII - manifestações em apoio à iniciativa firmadas por pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas na área pretendida para a prestação do serviço (Anexos 3 e 4). (...) § 2º Todas as atas bem como as eventuais alterações do estatuto social devem estar registradas no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.”

portaria inclusive veda a alteração do quadro social sem autorização da Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Defesa.¹³³⁴

As rádios comunitárias, segundo a própria Lei n. 9.612/1998, têm como objetivo a difusão de ideias e elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade (art. 3º, I). Servem à formação e integração da comunidade, com estímulo ao lazer, cultura e convívio social (art. 3º, II). Prestam serviços de utilidade pública, como por exemplo a divulgação de conteúdo informativo de defesa civil (art. 3, III), e são utilizadas para a formação de jornalistas (art. 3º, IV) e “a capacitação dos cidadãos no exercício do direito de expressão da forma mais acessível possível” (art. 3º, V). No entanto, o art. 2º da Lei n. 9.612/1998 ao condicionar o exercício daquelas finalidades à autorização do Ministério das Comunicações, pode inviabilizar a atividade de rádios comunitárias.

Grupos não formalizados como associações civis ou fundações, nos termos da norma regulamentadora, são na prática proibidos de propagar suas ideias e informar o público comunitário, o que tem por fundamento último o art. 2º que exige a autorização para funcionamento. A análise do dispositivo legal em cotejo com a CADH revela, ademais de tudo, uma inconveniência da norma legal nacional. O art. 13.3 da CADH prevê que “Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, *de frequências radioelétricas* ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.”¹³³⁵ Assim é que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹³³⁶ confirmou sentença da 5ª Vara Federal de Natal-RN que concedeu segurança em mandado de segurança para determinar, independentemente de autorização, a instalação de emissora informal de rádio FM, com fundamento no Decreto n.

¹³³⁴ (Portaria n. 4.334/2015) “Art. 67. No caso de fundação selecionada para executar o Serviço na faixa de 150 (cento e cinquenta) quilômetros da fronteira com outros países, deverá ser obtido o assentimento prévio junto ao Conselho de Defesa Nacional - CDN. Art. 68. A solicitação mencionada no parágrafo único do art. 67 deverá ser instruída com a seguinte documentação: I - cópia autenticada do estatuto social da entidade interessada e suas alterações em que constem artigos dispondo que: a) a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa da entidade caberão sempre a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos; b) o quadro de pessoal será constituído de, pelo menos, dois terços de trabalhadores brasileiros; e c) a entidade não poderá efetuar nenhuma alteração do seu estatuto social sem prévia autorização da Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional; II - prova de nacionalidade de todos os dirigentes; III - prova de que os dirigentes estão em dia com as obrigações referentes ao serviço militar; IV - prova de que os dirigentes estão em dia com as obrigações relacionadas com a Justiça Eleitoral; V - atas de constituição e de eleição registradas em cartório; e VI - CNPJ da entidade. Art. 69. O assentimento prévio, dado pela Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional, para instalação de estação na faixa de fronteira, é condição imprescindível para a outorga da autorização para executar o Serviço.”

¹³³⁵ Grifou-se.

¹³³⁶ BRASIL. Apelação em Mandado de Segurança n. 0029739-13.1998.4.05.0000. 3ª Turma do TRF5. Acórdão por maioria. Publicado em 10 mar. 2000.

678/92 de internalização da CADH.¹³³⁷ O caso chegou ao STF, que no Recurso Extraordinário n. 556.817-RN não enfrentou o mérito por questões processuais, mantendo assim a possibilidade de funcionamento da rádio comunitária sem autorização do Ministério das Comunicações e, em última instância, com fundamento direto na CADH.

O caso ilustra uma situação em que caberia à própria autoridade administrativa, sem necessidade de judicialização, declarar inconvencional o art. 2º da Lei n. 9.612/1998 e afastá-lo para, independentemente de outorga e autorização estatal, viabilizar o funcionamento de rádios comunitárias. Nos termos defendidos nesta tese, deveria o Ministro de Estado com competência sobre a matéria decidir sobre a (in)compatibilidade da lei com o tratado internacional de direitos humanos, deixando funcionar uma rádio comunitária independentemente da autorização exigida na lei e regulamentada por portaria.

O controle de convencionalidade repressivo de *leis* pela Administração Pública é assunto polêmico. Nesses casos, a competência controladora, segundo Sagüés, se cabível, seria reservada, em tese, ao Chefe do Poder Executivo. Este deveria, sempre, primeiro buscar o controle de convencionalidade construtivo como solução. Caso isso não fosse possível, a identificação da viabilidade ou não do controle repressivo da lei inconvencional passaria pela verificação da existência de uma competência controladora própria do Poder Executivo. Pois conforme já decidiu a Corte IDH, o controle de convencionalidade acontece nos limites de competência de cada órgão/Poder. Como já identificado no capítulo anterior, para Sagüés o regime do controle de *constitucionalidade* é serviria de critério para identificação das competências da Administração Pública nesses casos. Caso o Poder Executivo ou órgão administrativo não possa controlar a constitucionalidade, tampouco poderia controlar a convencionalidade de lei. E só lhe restaria encaminhar um pedido de controle repressivo ao órgão competente para tanto, porque se o Executivo pudesse descumprir a lei por razão de inconvencionalidade aferida por ele próprio, isso afetaria a estrutura de separação de poderes a ponto de permitir que a seu bel prazer o Executivo deixasse de cumprir as leis. O resultado

¹³³⁷ “VISTOS, ETC... PELO EXPOSTO, REITERANDO QUE O IMPETRANTE TEM DIREITO LIQUIDO E CERTO A INSTALAR EMISSORA INFORMAL DE RADIO FM, SEM FINS LUCRATIVOS, APOIADO QUE ESTA NA CONSTITUICAO FEDERAL, ART. 5o, INCISO IX E PARAGRAFO 2o, BEM COMO NO DECRETO No 678/92, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, CONCEDENDO A SEGURANCA PLEITEADA. SENTENCA SUJEITA AO DUPLO GRAU DE JURISDICAO. OFICIE-SE. P. R. I.” (BRASIL. 5ª Vara Federal de Natal-RN. Mandado de Segurança n. 0011029-96.1997.4.05.8400.. Sentença de 02 fev. 1998).

seria o desequilíbrio e desarmonia dos três Poderes.¹³³⁸ Em trabalho publicado em 2018 o autor manifestou a manutenção de seu posicionamento de 2015.¹³³⁹

Porém, sustenta-se que não cabe aderir à desconfiança que se tem da função administrativa, que a pretexto de descumprir leis inconventionais também deixaria de cumprir as leis convencionais. O argumento é incoerente, porque ignora que a função administrativa não está autorizada a indiscriminadamente descumprir leis.¹³⁴⁰ O controle de convencionalidade não é arbitrário e inconsequente. Deve ser feito com seriedade e parcimônia.¹³⁴¹ A motivação exaustiva, sempre que possível com o auxílio da assessoria jurídica competente, permitirá verificar a seriedade com que o órgão declarante da inconventionalidade se manifestou. Não há espaço no modelo proposto, portanto, para mera recusa sob fundamento genérico de inconventionalidade. A inconventionalidade não é um desejo do órgão decisor, é um fato jurídico a constatar mediante justificação. E, como visto acima, sua declaração tampouco deve estar adstrita ao Chefe do Poder Executivo, que muitas vezes sequer detém competência para decidir, especialmente em função de certas matérias que não estão reservadas à sua esfera decisória.

Visto isso, é pertinente a apresentação de quatro exemplos para consolidar a defesa da viabilidade e utilidade do modelo proposto, e em que possíveis inconventionalidades legais no ordenamento jurídico brasileiro mereceriam ser analisadas por autoridades administrativas de diversos níveis.

3.1.1. Primeiro exemplo: art. 37 da Lei n. 6.024/1974

O primeiro exemplo está previsto na já citada Lei n. 6.024/74, que dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, a cargo do Banco Central. A intervenção ocorre quando há anormalidade nos negócios da instituição financeira, como a

¹³³⁸ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 148.

¹³³⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 235-245.

¹³⁴⁰ Como sustenta Mello para argumento semelhante contra o controle de constitucionalidade pela função administrativa. Cf. MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 12-13.

¹³⁴¹ Freitas sustenta o seguinte modelo para o controle de constitucionalidade, válido para o controle de convencionalidade na função administrativa: “Controle da constitucionalidade, por meio de juízo emitido pelo próprio Estado-Administração no bojo de processo administrativo, no qual se impõe, com reserva e comedimento, a inaplicação de lei ou decreto por vício de estridente afronta à Lei Maior.” (FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 224).

má administração que coloca em risco os credores (art. 2º, I) ou quando “forem verificadas reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil” (art. 2º, II). A liquidação extrajudicial, medida drástica, ocorre em diversas hipóteses, como por exemplo quando “em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência” (art. 15, I, “a”). Durante o processo de intervenção ou liquidação, além das medidas cautelares de indisponibilidade de bens, já vistas acima, a Lei n. 6.024/74 prevê dispositivo de limitação da liberdade de locomoção: “Art. 37. Os abrangidos pela indisponibilidade de bens de que trata o artigo anterior, não poderão ausentar-se do foro, da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência, sem prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil ou no juiz da falência.”

A norma do art. 37 prevê uma restrição ao direito de circulação previsto no art. 22 da CADH: “Art. 22. Direito de Circulação e Residência. 1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais.” O mesmo direito está previsto no art. VIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem: “Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo senão por sua própria vontade.” Visto isso, aquela restrição legal, correspondente a uma proibição geral de circulação até que haja prévia e expressa autorização do Banco Central, é convencional?

A CADH permite a limitação ao direito de circulação nos termos do art. 22.3: “3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, *na medida indispensável*, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.”¹³⁴²

No entanto, a vedação do art. 37 da Lei n. 6.024/74 não parece adequada ao dispositivo convencional, porque não é medida indispensável para proteção dos credores da instituição em intervenção ou liquidação a proibição geral de ausentar-se do *foro da intervenção ou liquidação*. Não é indispensável à proteção dos direitos dos interessados na intervenção ou liquidação proibir a circulação dos abrangidos pela indisponibilidade de bens do Banco Central, de forma que a o art. 37 citado é inconveniente.

¹³⁴² Grifou-se.

E cabe, segundo o modelo proposto por essa tese, ao próprio Banco Central declará-lo inconveniente e deixar de aplicá-lo por invalidade a fim de que possam os administradores ou terceiros destinatários de medida cautelar de indisponibilidade livremente circular, independentemente de autorização da autoridade administrativa. Nenhuma atuação há nesse exemplo de controle de convencionalidade repressivo, veja-se, do Presidente da República, Chefe do Poder Executivo, que não detém competência em processos relacionados à intervenção e liquidação de instituições financeiras.

3.1.2. Segundo exemplo: art. 132, VI da Lei n. 8.112/1990

O segundo exemplo que demonstra a competência ampla para o exercício do controle de convencionalidade está na legislação sobre processo administrativo disciplinar de servidores públicos. Muitos dos estatutos do funcionalismo brasileiro preveem infrações abertas e imprecisas, direcionadas por conceitos jurídicos indeterminados, exemplificados por Augusto Cesar Leite de Resende e Carlos Alberto Molinaro pelas condutas de “falta grave” e “conduta reprovável”. A identificação de que uma conduta se amolda a tipos infracionais abertos exige, por isso, uma análise discricionária pela autoridade responsável pela punição,¹³⁴³ que pode não ser o Chefe do Poder Executivo. Há exemplos desses tipos infracionais no art. 132, VI da Lei n. 8.112/90, que disciplina a demissão para casos de “conduta escandalosa, na repartição” e “insubordinação grave em serviço”.¹³⁴⁴

Sustenta-se, no entanto, que esses tipos infracionais são contrários ao art. 9 da CADH¹³⁴⁵, no qual previstos os princípios da legalidade, tipicidade e retroatividade da lei mais benéfica em matéria de Direito Administrativo Sancionador.¹³⁴⁶ Nesse sentido, o art. 9

¹³⁴³ RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019. p. 154-155.

¹³⁴⁴ (Lei n. 8.112/90) “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; VI - insubordinação grave em serviço;”

¹³⁴⁵ (CADH) “Art. 9. Princípio da Legalidade e da Retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.”

¹³⁴⁶ “Assim, o legislador não poderá estabelecer tipos disciplinares amplamente abertos de modo a gerar riscos e intranquilidade aos agentes públicos.” “(...) a vagueza ou a amplitude das normas disciplinares sancionadoras caracterizará violação ao art. 9º do Pacto de San José da Costa Rica.” (RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019. p. 161/166).

da CADH “é aplicável ao direito administrativo sancionador, uma vez que as sanções disciplinares são, assim como as punições criminais, manifestações do poder punitivo do Estado, implicando em restrições a direitos dos condenados.”¹³⁴⁷

São igualmente inconvenientes as doutrinas e decisões que postulam a possibilidade de tipos abertos para exercício do poder disciplinar na Administração Pública. A fluidez para os ilícitos administrativos não é compatível com a exigência de previsão clara e precisa das condutas sancionáveis. Viola a tipicidade e a segurança jurídica esperada pelos cidadãos, que apenas se conhecem o que é proibido podem evitar a prescrição proibitiva e a pena. Isso vale para os servidores públicos também.¹³⁴⁸

O precedente julgado pela Corte IDH confirma tal interpretação. Conforme registram Resende e Molinaro, no Caso López Lone e outros vs. Honduras (2015), a Corte IDH reconheceu que tipos administrativos indeterminados, a exemplo da expressão “decoro do cargo” ou “ato atentatório à dignidade da justiça”, “sem a previsão normativa de critérios objetivos que guiem a construção hermenêutica de seus significados, violam o art. 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos porque permite o uso arbitrário de tais tipos normativos com base em preconceitos ou concepções pessoais do órgão julgador.”¹³⁴⁹ A Corte IDH manifestou naquele caso, que avaliava penas disciplinares administrativas contra magistrados hondurenhos, “que o artigo 9 da Convenção Americana, o qual estabelece o princípio da legalidade, é aplicável em matéria sancionatória administrativa.”¹³⁵⁰ Nessa medida, a previsão genérica em lei de pena de destituição da função em caso de violação grave ou reiterado de deveres não era compatível com a CADH, porque embora “certo grau de indeterminação não gera, *per se*, uma violação da Convenção, é dizer, o fato de que uma norma conceda algum tipo de discricionariedade não é incompatível com o grau de previsibilidade exigível, sempre e quando o alcance da discricionariedade e a maneira em que

¹³⁴⁷ RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019. p. 163.

¹³⁴⁸ “Vale dizer: é necessário que a lei descreva a infração administrativa de modo a que o agente público possa ter a certeza e a segurança de não a estar cometendo.” (RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019. p. 155-160).

¹³⁴⁹ RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019. p. 164.

¹³⁵⁰ CORTE IDH. Caso López Lone e outros vs. Honduras. Sentença de 5 out. 2015. § 257.

se deve exercê-la seja indicado com suficiente claridade com o fim de brindar uma adequada proteção para que não se produza uma interferência arbitrária.”¹³⁵¹

Ou seja, a lei não pode prever tipos infracionais tão abertos a ponto de ser permissiva à subjetividade e discricionariedade total do órgão aplicador da pena, sob pena de violação ao art. 9 da CADH que prevê regra de legalidade: “a possibilidade de sua aplicação [da pena] deve ser previsível, seja porque a conduta punível está expressa e claramente estabelecida na lei de forma precisa, taxativa e prévia, seja porque a lei delega sua atribuição ao juiz ou a norma infralegal, sob critérios que limitam o alcance da discricionariedade.”¹³⁵²

3.1.3. Terceiro exemplo: arts. 47, II e 56 da Lei Complementar n. 35/1979

¹³⁵¹ É válido transcrever o trecho inteiro: “261. Asimismo, la Corte constata que el régimen disciplinario aplicado a las presuntas víctimas, establecido principalmente en la Ley de la Carrera Judicial y su Reglamento, prima facie se adecuaba a lo anteriormente expuesto pues la remoción de un juez era considerada la sanción más grave y, en principio se reservaba para las conductas también más graves. Al respecto, este Tribunal nota que la Ley de la Carrera Judicial especificaba una serie de faltas disciplinarias, consideradas como actos “atentan contra la dignidad de la administración de justicia” en su artículo 53 (que el reglamento a dicha ley calificaba como “faltas menos graves”) y “actos contrarios a la eficacia de la administración de justicia”, definidos en su artículo 54 (que el reglamento a dicha ley calificaba como “faltas graves”). La ley no establecía con claridad las sanciones que correspondían a cada una de estas faltas, sino que establecía que las sanciones (de amonestación, multa, suspensión del cargo y destitución) debían aplicarse de acuerdo a la gravedad de la infracción y teniendo en cuenta los antecedentes del caso (supra párrs. 74 y 75). Ahora bien el Reglamento de la ley, al calificar la gravedad de las distintas faltas (entre faltas leves, menos graves y graves), sí establecía las sanciones correspondientes a cada tipo de falta. De esta forma, el régimen disciplinario aplicable a las presuntas víctimas, en principio establecía la posibilidad de destitución para la comisión de faltas graves o la reincidencia de las menos graves, además de las causales de destitución expresamente establecidas en el artículo 64 de la Ley de la Carrera Judicial (supra párr. 74). Asimismo, respecto a la sanción de destitución, tanto la ley como su reglamento, establecieron que solo era posible “conforme a las causas y el procedimiento establecido” en dicha ley. 262. No obstante, la Corte nota que el artículo 64.a de la referida norma establecía dentro de las causales de despido que: Los servidores del Poder Judicial, podrán ser despedidos de sus cargos por cualesquiera de las siguientes causas: a) Incumplimiento o violación grave o reiterado de alguno de los deberes, incompatibilidades y conductas establecidas en los Capítulos X y XI de esta Ley 263. De esta forma, si bien en principio la Ley y su Reglamento establecían un sistema de gradación de las sanciones, por el cual la destitución se aplicaba a las faltas graves, el artículo 64.a de la Ley extendió esta sanción a las faltas calificadas leves o menos graves en caso de incumplimiento o violación grave o reiterado de cualquiera de ellas. Este Tribunal resalta que todas las presuntas víctimas de este caso fueron destituidas por la Corte Suprema, entre otras múltiples normas, con base en dicha causal (supra párrs. 95, 115, 132 y 145). 264. La Corte considera que este diseño normativo afectaba la previsibilidad de la sanción porque permitía la destitución de un juez o jueza por el incumplimiento de cualquiera de los deberes o incompatibilidades de su cargo cuando el juzgador entendiera que se trataba de un incumplimiento grave y de esta forma concedía una excesiva discrecionalidad al órgano encargado de aplicar la sanción. Este Tribunal estima que cierto grado de indeterminación no genera, per se, una violación de la Convención, es decir, el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad exigible, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que no se produzca una interferencia arbitrária. En consecuencia, la Corte considera las normas disciplinarias aplicables a los casos de las presuntas víctimas otorgaban una excesiva discrecionalidad al juzgador en el establecimiento de la sanción de destitución.” (CORTE IDH. Caso López Lone e outros vs. Honduras. Sentença de 5 out. 2015).

¹³⁵² CORTE IDH. Caso López Lone e outros vs. Honduras. Sentença de 5 out. 2015. § 259.

A exemplo do decidido pela Corte IDH em caso que julgou a destituição de magistrados hondurenhos, pode-se considerar que no ordenamento brasileiro a tipificação de pena de demissão na Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN (Lei Complementar n. 35/1979) sofre do mesmo vício de inconvenção por afronta ao art. 9 da CADH.

Segundo a LOMAN, a pena de demissão de magistrados vitalícios será aplicada em processos administrativos nos casos de acúmulo de cargos (salvo um cargo de magistério superior, público ou particular), recebimento de percentagens ou custas processuais ou exercício de atividade político-partidária (art. 26, II e art. 47, I).¹³⁵³ Essas são condutas objetivamente tipificadas, e em acordo com as exigências do art. 9 da CADH.

No entanto, outros tipos infracionais lá previstos não parecem adequados à CADH, como o que prevê a pena de demissão para juízes em estágio probatório para casos de “falta grave” (art. 47, II).¹³⁵⁴ Não há taxatividade no tipo, permitindo demasiada discricionariedade aos órgãos colegiados administrativos do Poder Judiciário com competência administrativa para demissão julgar o que se enquadra como falta grave.

O mesmo vício de inconvenção acomete o art. 56 da LOMAN, que prevê as hipóteses de pena de aposentadoria compulsória de magistrados nas seguintes hipóteses: negligência manifesta no cumprimento dos deveres do cargo; procedimento incompatível com a dignidade, honra e decoro das funções; proceder funcional incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.¹³⁵⁵ As hipóteses bem poderiam ser detalhadas em ato regulamentar, mas a Resolução n. 135/2011 do CNJ que uniformiza as normas de

¹³⁵³ (LOMAN) “Art. 26 - O magistrado vitalício somente perderá o cargo (vetado): I - em ação penal por crime comum ou de responsabilidade; II - em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses seguintes: a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular; b) recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento; c) exercício de atividade político-partidária. § 1º - O exercício de cargo de magistério superior, público ou particular, somente será permitido se houver correlação de matérias e compatibilidade de horários, vedado, em qualquer hipótese, o desempenho de função de direção administrativa ou técnica de estabelecimento de ensino. § 2º - Não se considera exercício do cargo o desempenho de função docente em curso oficial de preparação para judicatura ou aperfeiçoamento de magistrados. Art. 47 - A pena de demissão será aplicada: I - aos magistrados vitalícios, nos casos previstos no art. 26, I e II;”.

¹³⁵⁴ (LOMAN) “Art. 47 - A pena de demissão será aplicada: (...) II - aos Juízes nomeados mediante concurso de provas e títulos, enquanto não adquirirem a vitaliciedade, e aos Juízes togados temporários, em caso de falta grave, inclusive nas hipóteses previstas no art. 56.”

¹³⁵⁵ (LOMAN) “Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado: I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.”

procedimento administrativo disciplinar em face de magistrados apenas repete as hipóteses legais¹³⁵⁶ e o Código de Ética da Magistratura não vai além do que prevê a lei.¹³⁵⁷

Sem prejuízo da edição de normas regulamentares ou legais que tipifiquem adequadamente as condutas sujeitas a penas graves de demissão e aposentadoria compulsória, defende-se segundo o modelo de controle ora proposto que cabe ao Órgão Especial ou maioria absoluta dos membros do Tribunal¹³⁵⁸ no exercício da função administrativa disciplinar declarar inconvenientes os tipos contrários ao art. 9 conforme interpretado pela Corte IDH, de ofício ou a pedido da parte interessada. É essa a interpretação mais protetiva ao ser humano e que, por isso, deve prevalecer.

Mais uma vez, não há qualquer condicionante ao exercício do controle de convencionalidade pelo Chefe do Poder Executivo ou Presidente do Tribunal, do CNJ ou do STF, por analogia. Cabe ao órgão administrativo colegiado competente para decidir e para aplicação da pena analisar a convencionalidade da LOMAN e declará-la inconveniente por contrariedade ao art. 9.

Os direitos humanos e a jurisdição internacional que os interpreta são invocáveis para que corrija a falha doméstica na preservação de garantias mínimas dos acusados em processos disciplinares conduzidos pela função administrativa atipicamente exercida pelo Poder Judiciário em processos administrativos.¹³⁵⁹

¹³⁵⁶ (Resolução n. 135/2011-CNJ) “Art. 4º O magistrado negligente, no cumprimento dos deveres do cargo, está sujeito à pena de advertência. Na reiteração e nos casos de procedimento incorreto, a pena será de censura, caso a infração não justificar punição mais grave. (...) Art. 7º O magistrado será aposentado compulsoriamente, por interesse público, quando: I - mostrar-se manifestamente negligente no cumprimento de seus deveres; II - proceder de forma incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; III - demonstrar escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou apresentar comportamento funcional incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário. (...) Art. 23. (...) § 3º Ao juiz não-vitalício será aplicada pena de demissão em caso de: I – falta que derive da violação às proibições contidas na Constituição Federal e nas leis; II – manifesta negligência no cumprimento dos deveres do cargo; III – procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; IV – escassa ou insuficiente capacidade de trabalho; V – proceder funcional incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.”

¹³⁵⁷ (Código de Ética da Magistratura Nacional) “Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro. (...) Art. 16. O magistrado deve comportar-se na vida privada de modo a dignificar a função, ciente de que o exercício da atividade jurisdicional impõe restrições e exigências pessoais distintas das acometidas aos cidadãos em geral. (...) Art. 37. Ao magistrado é vedado procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções.”

¹³⁵⁸ (Resolução n. 135/2011-CNJ) “Art. 21. A punição ao magistrado somente será imposta pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do Órgão Especial.”

¹³⁵⁹ As normas convencionais do art. 8 da CADH se aplicam também aos processos administrativos sancionadores, pelo simples fato de consistir em manifestar estatal limitadora de direitos e que obriga uma adequação procedimental e material ao devido processo legal. Sobre o tema, cf. FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo a los tratados internacionales de derechos humanos. **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 353-382, jul./dez.2014. p. 355;

O controle é de ofício. Mas isso não significa que a autoridade administrativa possa decidir sem *antes* dar oportunidade de manifestação às partes. Como corolário do contraditório e da ampla defesa, a vedação da decisão surpresa se aplica também aos processos administrativos. Assim, se é autorizado fazer o controle de convencionalidade a despeito dos pedidos que fazem as partes, não é autorizado fazê-lo sem que antes as partes estejam cientes de que a autoridade decisória assim pretende. Intimar as partes para manifestação prévia é um dever que se sobressai, também, do art. 10 cumulado com o art. 15 do CPC.¹³⁶⁰

3.1.4. *Quarto exemplo: arts. 52 e 53, V da Lei n. 7.210/1984*

O controle de convencionalidade interno pela função administrativa deve ser exercido também durante a execução penal, pelos departamentos penitenciários com atribuições administrativas.

No âmbito federal cabe ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, nos termos do Decreto n. 6.049/2007, a execução administrativa de medidas restritivas de liberdade dos presos, provisórios ou condenados (art. 3º), bem como a própria supervisão, coordenação e administração dos estabelecimentos penais federais (art. 2º). No âmbito estadual e distrital os entes federados também regulamentam a execução administrativa de medidas restritivas de liberdade, em observância da competência concorrente para legislar (e regulamentar) sobre direito penitenciário (art. 24, I da CF).¹³⁶¹

A respeito do tema, a doutrina discute a convencionalidade do regime disciplinar diferenciado penitenciário, previsto na Lei de Execução Penal - LEP (Lei n. 7.210/1984) como sanção disciplinar.

O art. 53 da LEP foi alterado pela Lei n. 10.792/2003 para incluir o inciso V previsão do regime disciplinar diferenciado como uma sanção disciplinar possível.¹³⁶² Nos termos do

GUSSOLI, Felipe Klein. **Tratados de direitos humanos e Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2022. p. 229-286.

¹³⁶⁰ (Código de Processo Civil) “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

¹³⁶¹ (Constituição Federal) “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.”

¹³⁶² (Lei n. 7.210/1984) “Art. 53. Constituem sanções disciplinares: I - advertência verbal; II - repreensão; III - suspensão ou restrição de direitos (artigo 41, parágrafo único); IV - isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuam alojamento coletivo, observado o disposto no artigo 88 desta Lei. V - inclusão no regime disciplinar diferenciado. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)” – Grifou-se.

art. 52 da LEP, o regime diferenciado enseja recolhimento em cela individual, com saída de duas horas diárias para banho de sol. As entrevistas são sempre monitoradas e a correspondência é fiscalizada pelo departamento penitenciário.

A sanção é cabível para o detento que pratica falta grave, subverte a ordem, ou para aqueles que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” ou sobre os quais “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave” (art. 52, § 1º, I e II).

Após as alterações produzidas na LEP pela Lei n. 13.964/2019, o rigor do regime disciplinar diferenciado aumentou. O recolhimento em cela individual pode se dar por até 2 (dois) anos a princípio, mas pode ser repetido em caso de nova falta grave da mesma espécie. As visitas são realizadas quinzenalmente, sem contato físico com o preso e com duração limitada a 2 (duas) horas. As entrevistas são sempre monitoradas, a exceção do contato com o defensor, e não há contato físico com o preso. A correspondência é fiscalizada e mesmo a participação em audiências judiciais acontece preferencialmente à distância, por videoconferência.¹³⁶³

A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado é objeto de ação direta de inconstitucionalidade, ainda não julgada (ADI n. 4162). Em paralelo, sua convencionalidade está em discussão no SIDH a partir da admissão de denúncia dirigida à Comissão IDH por Mauricio Hernandez Norambuena, cidadão chileno condenado por sequestro no Brasil e que cumpriu pena naquele regime. A Comissão IDH em 2011 admitiu o processamento da

¹³⁶³ (Lei n. 7.210/1984) “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) II - recolhimento em cela individual; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.” (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

denúncia via Relatório n. 143/2011,¹³⁶⁴ que se converteu no Caso n. 12.835 apresentado para julgamento na Corte IDH em 30 de novembro de 2022.¹³⁶⁵

Mas a par do que decidir a Corte IDH ou o STF, defende-se que é cabível o controle de convencionalidade nacional do regime disciplinar diferenciado pelas autoridades com função administrativa e integrantes do departamento penitenciário federal, uma vez que aquela sanção do ponto de vista do controle de convencionalidade é uma espécie de pena cruel e degradante.

O interesse da coletividade na existência da sanção criminal não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (art. 1º, III da CF)¹³⁶⁶, nem à proibição de penas cruéis do art. 5.2 da CADH: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” O teor da norma de direitos humanos torna, de acordo com Lopes e Tomé, inconveniente o regime disciplinar diferenciado, uma vez que segundo eles “o isolamento celular, infringe uma nítida violência física e psicológica contra o apenado, ensejando uma ofensa direta contra a sua dignidade e direitos humanos.”¹³⁶⁷ Embora o Caso Maurício Hernandez Norambuena não tenha sido ainda julgado, a jurisprudência da Corte IDH até o momento divulgada deve guiar a interpretação dos dispositivos da CADH, e para o assunto aquele tribunal internacional “considera [que] o isolamento celular é uma forma de tratamento cruel e inumano, que atinge a integridade física e psicológica do apenado, vulnerando, conseqüentemente sua dignidade humana”.¹³⁶⁸ Lopes e Tomé interpretam o Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), em que segundo eles a Corte IDH reputou contrário ao art. 5.2 da CADH o isolamento celular. A Corte IDH, naquela

¹³⁶⁴

Disponível

em

<<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pc/admisibilidades.asp?Year=2022&searchText=norambuena>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹³⁶⁵ O relatório de mérito da Corte IDH até o momento não foi publicado, bem como a Corte IDH ainda não publicizou nenhum ato do caso a ela remetido. Sobre o caso, que discute a inconveniente do regime disciplinar diferenciado, cf. BALBE, Josiana Mallet. O regime disciplinar diferenciado do apenado Norambuena: um caso cristalino de exclusão social. In: **Anais do Congresso Estadual de Teologia**. São Leopoldo: v. 2, 2016. p. 335-351. Disponível em: <<http://anais.est.edu.br/index.php/teologiars/issue/view/6>>.

¹³⁶⁶ “O agir estatal e o agir do cidadão em face do Estado e dos seus semelhantes, não pode perder de vista - mormente na tratativa de um tema dessa importância - a base antropológica comum que deflui da Constituição: o princípio da dignidade do ser humano, principal justificativa para a existência de qualquer norma”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 15).

¹³⁶⁷ LOPES Ana Maria D'Ávila; TOMÉ, Semiramys Fernandes. Inaplicabilidade imediata do regime disciplinar diferenciado com base no controle de convencionalidade. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 3-17, maio/set. 2017. p. 8-12.

¹³⁶⁸ LOPES Ana Maria D'Ávila; TOMÉ, Semiramys Fernandes. Inaplicabilidade imediata do regime disciplinar diferenciado com base no controle de convencionalidade. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 3-17, maio/set. 2017. p. 4.

ocasião, manifestou que “o isolamento prolongado e o confinamento solitário coercivo a que é submetida a vítima representam, por si só, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas da liberdade psíquica e moral da pessoa e do direito de todos os detidos ao respeito devido à inerente dignidade da pessoa humana, o que constitui, por sua vez, a violação do disposto no artigo 5 da Convenção”.¹³⁶⁹ Os autores citados recordam que a mesma leitura contra o isolamento celular foi manifestada na resolução emitida pela Corte IDH em 2005 em medida provisória contra o Brasil no Caso das Crianças e Adolescentes Privadas de Liberdade no “Complexo Tatuapé” da FEBEM; bem como na mais recente Medida Cautelar n. 302/2015 contra o mesmo país em caso que trata do Centro de Atenção Socioeducativo do Adolescente (CASA) de São Paulo.¹³⁷⁰

Na medida cautelar da Comissão IDH¹³⁷¹, assim como na medida provisória da Corte IDH¹³⁷², o isolamento celular é criticado para menores infratores, a partir das Regras para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade da ONU, sem menção a sua proibição a bem da disciplina para detentos maiores de idade. Aos detentos maiores de idade se aplicam as Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos)¹³⁷³,

¹³⁶⁹ CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentença de 29 jul. 1988. § 156.

¹³⁷⁰ LOPES Ana Maria D'Ávila; TOMÉ, Semiramys Fernandes. Inaplicabilidade imediata do regime disciplinar diferenciado com base no controle de convencionalidade. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 3-17, maio/set. 2017. p. 13.

¹³⁷¹ A Comissão IDH expediu a recomendação com base nas Regras para a proteção dos menores privados de liberdade da ONU: “15. Quanto às sérias condições de detenção que incluem o isolamento prolongado e contínuo, a Comissão toma nota de que o Relator Especial das Nações Unidas sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em seu relatório de 2011 expressou que ‘*Os órgãos das Nações Unidas criados em virtude de tratados recomendam sistematicamente que os delinquentes juvenis, crianças ou menores não sejam submetidos a um regime de isolamento (CAR/C/MAC/CO/4, par. 8; CAT/OP/PRY/I, par. 185; CRC/C/15/Add.151, p. 41; e CRC/C/15/Add.232, par. 36 a)*’ e assinala expressamente que ‘*[no] parágrafo 67 das Regras das Nações Unidas para a proteção dos menores privados de liberdade, adotados pela Assembleia Geral em sua resolução 45/113, de 14 de dezembro de 1990, se expressa: ‘Estarão estritamente proibidas todas as medidas disciplinares que constituam tratamento cruel, desumano ou degradante, incluindo ... as penas de isolamento ... assim como qualquer outra punição que possa pôr em risco a saúde física ou mental do menor.’ (...).*” (COMISSÃO IDH. Resolução 43/2016. Medida Cautelar n. 302/2015. Assunto dos Adolescentes privados de liberdade no Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente Cedro, do Estado de São Paulo, a respeito do Brasil. 21 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC302-15-PT.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹³⁷² A Corte IDH também expediu a recomendação com base nas Regras para a proteção dos menores privados de liberdade da ONU: “13. Que estão estritamente proibidas todas as medidas disciplinares que constituam um tratamento cruel, subumano ou degradante, incluídos os castigos corporais, a reclusão em isolamento, assim como qualquer outra sanção que possa por em perigo a saúde física ou mental do menor”. (CORTE IDH. Medida provisória no Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo Do Tatuapé” da FEBEM. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 30 de Novembro de 2005 Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_02_portugues.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹³⁷³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

reformuladas em 2015, que condicionam a pena de isolamento à previsão legal ou em regulamento de autoridade competente, mas não a proíbe (Regra 37).¹³⁷⁴

Mas, apesar da redação da Regra 37 das Regras de Mandela aplicáveis aos detentos maiores de idade, uma interpretação que leva em conta o princípio *pro persona* e retoma o precedente Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), leva a concluir que penas longas de isolamento não são compatíveis com a CADH.

O critério hierárquico vale *a priori*, como campo inicial de análise que cede ao critério da norma mais favorável. A norma mais favorável ao titular dos direitos em jogo é que deve prevalecer, de modo que a superveniência de norma de igual ou superior hierarquia que o tratado de direitos humanos e com ele conflitante é ineficaz quando o conteúdo da norma internacional é mais favorável ao ser humano.

É o que Bastos Netto chamou de dimensão de preferência de fontes do princípio *pro persona*, a qual obriga que normas *posteriores*, mas menos favoráveis, não se apliquem.¹³⁷⁵ Seria o caso da Regra 37 das Regras de Mandela (pressupondo seu conteúdo normativo e não meramente orientador) em comparação com o art. 5.2. da CADH. Assim, o segregamento como pena ou como correlato de uma situação de fato constatada pela autoridade penitenciária (como por exemplo, ser membro de milícia), e não apenas como método de controle momentâneo da indisciplina, é cruel e degradante ao afastar o detento do convívio humano e prejudicar as finalidades oficiais da pena criminal de ressocialização.

Essa conclusão é reforçada quando se identifica que o regime disciplinar diferenciado no Brasil impede inclusive o contato físico com familiares, e pode ser prorrogado para além de 2 (dois) anos. Portanto, por inconveniência do regime disciplinar diferenciado já é possível deixar de aplicá-lo antes mesmo e independentemente do resultado da ADI n. 4162, mediante controle de convencionalidade pela função administrativa.¹³⁷⁶ Pode o próprio diretor do estabelecimento penal, autoridade administrativa

¹³⁷⁴ (Regras de Mandela). “Regra 37. Os seguintes itens devem sempre ser penderes de autorização por lei ou por regulamento da autoridade administrativa competente: (a) Conduta que constitua infração disciplinar; (b) Tipos e duração das sanções que podem ser impostas; (c) Autoridade competente para impor tais sanções. (d) Qualquer forma de separação involuntária da população prisional geral, como o confinamento solitário, o isolamento, a segregação, as unidades de cuidado especial ou alojamentos restritos, seja por razão de sanção disciplinar ou para a manutenção da ordem e segurança, inclusive políticas de promulgação e procedimentos que regulamentem o uso e a revisão da imposição e da liberação de qualquer forma de separação involuntária.”

¹³⁷⁵ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio *pro persona***: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Ágora21, 2019. p. 141.

¹³⁷⁶ LOPES Ana Maria D'Ávila; TOMÉ, Semiramys Fernandes. Inaplicabilidade imediata do regime disciplinar diferenciado com base no controle de convencionalidade. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 3-17, maio/set. 2017. p. 14.

competente para aplicar a pena, declarar a inconvencionalidade dos arts. 52 e 53, V da Lei de Execuções Penais, incluídos pelas Leis n. 10.792/2003 e 13.964/2019.

Do ponto de vista jurídico, não se admite exceção ao art. 5.2 da CADH para segregação radical de detentos motivada no seu alto grau de periculosidade. Para certos direitos, como a integridade física, não se admite a limitação nem mesmo em situações de declarado estado de emergência ou exceção. Ramírez nesse sentido qualifica certos direitos como integrantes do “núcleo duro” da CADH, os quais não podem ser afastados nem mesmo excepcionalmente. São eles: direito à vida, direito à integridade pessoal, direito à personalidade jurídica, a proibição da escravidão e servidão, o exercício de direitos políticos, o direito a remédios judiciais, como o “amparo” e o *habeas corpus*.¹³⁷⁷ Por outro lado, como lembra Alcalá¹³⁷⁸, no Caso Villagrán Morales e outros vs. Guatemala (2001) a Corte IDH decidiu que, apesar de certos direitos serem protegidos mais do que outros sob estado de exceção declarado, não existe nem mesmo hierarquia entre os direitos previstos na CADH.¹³⁷⁹ Sendo assim, os direitos humanos dos detentos merecem igual proteção do que os direitos humanos dos não detentos.

3.1.5. Efeitos quanto aos destinatários e veículo jurídico da declaração de inconvencionalidade

Para todos os quatro exemplos identificados, qualquer autoridade com competência decisória pode realizar a interpretação convencionalmente adequada e, não sendo possível adequar o sentido hermenêutico da lei ao tratado de direitos humanos, declarar por controle repressivo a lei inconvencional e deixar de aplicá-la porque inválida.

¹³⁷⁷ RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 28, p. 15–51, 2014. p. 49.

¹³⁷⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 341.

¹³⁷⁹ “36. ¿Cuál es el precio de una vida humana? ¿Cuál es el precio de la integridad de la persona humana? ¿Cuál es el precio de la libertad de conciencia, o de la protección de la honra y de la dignidad? ¿Cuál es el precio del dolor o sufrimiento humano? ¿Si se pagan las indemnizaciones, el ‘problema’ estaría ‘resuelto’? Lo cierto es que todos los derechos protegidos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen un valor autónomo y un contenido jurídico propio, y además, encuéntrase todos relacionados inter se, indivisibles que son. En relación con el derecho fundamental a la vida, yo iría más allá: su protección, que requiere medidas positivas por parte del Estado, recae en el dominio del jus cogens, como lo reconoce la doctrina jurídica contemporánea.” (CORTE IDH. Corte IDH. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Sentença de 26 maio 2001).

A recusa de aplicação vale, a princípio, para o caso concreto e entre os interessados diretamente envolvidos. Salvo se houver súmula ou orientação normativa expedida por órgão administrativo superior determinando que para todos os casos similares seja preservada a mesma solução de inconveniência. Nessas situações pode-se dizer que há uma determinação via ato administrativo de efeitos gerais de que para todos os casos envolvendo a aplicação da lei “x” a determinação é de declaração de inconveniência. A essa solução hipotética se pode nominar como declaração de invalidade com efeitos *erga omnes*, o que é permitido ao hierarca ou órgão colegiado superior e competente para edição das normas de conduta e orientações decisórias da entidade ou órgão.

O que formaliza a declaração de inconveniência pela função administrativa é um ato administrativo decisório, por escrito. Quanto ao veículo jurídico da declaração de inconveniência, nos atos concretos, com efeitos em geral *inter partes*, a espécie de ato administrativo pode ser definida como “despacho”, “decisão” ou “portaria”. E, nos atos gerais e abstratos, que tem efeitos sobre uma generalidade de sujeitos indeterminados ou indetermináveis, sejam definidos como “resoluções”.

Não há, porém, tratamento uniforme do tema. O Manual de Redação da Presidência da República, por exemplo, define a portaria como “instrumento pelo qual Ministros ou outras autoridades expedem instruções sobre a organização e o funcionamento de serviço, sobre questões de pessoal e outros atos de sua competência.”¹³⁸⁰ O que segundo Bandeira de Mello qualifica a portaria como ato formal produzidos por autoridades inferiores ao Chefe do Poder Executivo e “de conteúdo muito fluido e amplo.”¹³⁸¹ Justen Filho, apesar disso, alerta que apesar daquela classificação, “por tradição, os atos administrativos normativos produzidos pelos Ministros de Estado também costumam ser denominados *resolução*.”¹³⁸²

Até que lei reguladora da técnica defina o *nomen iuris* do ato adequado à declaração de inconveniência pela função administrativa, a definição do nome e espécie do ato administrativo que veicula a decisão é de relevância diminuta. Na generalidade dos casos pouco importa sua denominação formal. Como aponta novamente Justen Filho, como não há sistematização legal dos veículos instrumentais escritos dos atos administrativos, o que serve como elemento distintivo no mais das vezes é o titular da competência (e não o conteúdo do

¹³⁸⁰ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Manual de redação da Presidência da República**. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes, FORSTER JÚNIOR, Nestor (Coord). 3. ed., rev., atual. e ampl. Brasília: Presidência da República, 2018. p. 147.

¹³⁸¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 444.

¹³⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 404.

ato).¹³⁸³ De forma que o que importa para o modelo proposto é a identificação de sua natureza geradora de efeitos concretos ou gerais, e que seja expedido por autoridade com competência decisória por meio do veículo jurídico comumente por ela empregado para publicizar suas decisões.

3.1.6. Declaração de inconveniência como questão incidental ou principal

A declaração de inconveniência por ato administrativo é em regra incidental ao dispositivo da decisão administrativa. A (in)conveniência na maior parte das vezes importa como questão prejudicial à resolução do mérito. É o caso, por exemplo, da declaração incidental de inconveniência do art. 47, II da LOMAN, acima discutido. Ela é incidental e prejudicial à decisão de absolvição ou apenamento em processo administrativo disciplinar em face de magistrado.

Só há um caso em que a declaração de inconveniência não é questão incidental, mas principal. O juízo de (in)conveniência de lei como objeto do processo ou procedimento administrativo: aqueles em que se define a orientação normativa da Administração Pública sobre como decidir a respeito da incidência de uma lei. Seria o caso do diretor de presídio federal que provoca o Ministro da Justiça para decidir em grau hierárquico sobre a conveniência dos arts. 52 e 53, V da LEP, acima discutido. Nesse caso exemplificativo, a decisão do Ministro da Justiça com efeitos *erga omnes* para todos os órgãos a ele subordinados teria como objeto a própria declaração de inconveniência válida para toda a estrutura administrativa a ele subordinada.

3.1.7. Cabimento de recurso administrativo e controle judicial

A possibilidade de qualquer agente público com competência decisória resolver, de ofício ou a pedido, sobre a inconveniência de lei está sempre sujeita a recurso dirigido às instâncias e autoridades recursais competentes¹³⁸⁴, por força inclusive do art. 8 da CADH.¹³⁸⁵

¹³⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 403.

¹³⁸⁴ Segundo Souza, além do art. 4º, VII da CF e art. 7º do ADCT, o art. 13 do CPC é norma que determina a prevalência das normas processuais de tratados sobre normas internas: “Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.” (SOUZA, Nevitton Vieira. *Jurisdição internacional e as*

Se a autoridade com competência decisória já é a última na hierarquia administrativa, caberá recurso de reconsideração ao menos, e após o controle judicial.

Nos casos em que a declaração de inconvenção é incidental e prejudicial a uma decisão administrativa, em face dela só cabe insurgência recursal se o resultado do processo ou procedimento for desfavorável em relação ao objeto do pedido ou de interesse de alguém. Nos casos em que a declaração de inconvenção confunde-se com a questão principal, é necessário investigar a existência interesse recursal concretamente.

Feito isso, poderá aquele prejudicado com a decisão de mérito ou da qual dependeu a declaração de inconvenção recorrer ao órgão administrativo superior, para que a (in)validação da lei decidida contrária ou a favor de um tratado de direitos humanos seja reformada.

A defesa do reconhecimento da competência ampla para qualquer agente público com competência decisória na função administrativa realizar controle de convencionalidade nacional não interrompe, por isso, a noção vigente de hierarquia na Administração Pública. Por outro lado, não interrompe nem é incompatível com a separação de poderes prevista na Constituição brasileira.

Aliás, aquele que se sentir prejudicado com a decisão administrativa de inconvenção, respeitado os prazos prescricionais e decadenciais e independentemente de esgotamento dos recursos administrativos¹³⁸⁶, poderá recorrer ao Poder Judiciário mediante o exercício do direito humano e constitucional de ação para rever o mérito da declaração de (in)convencionalidade tomada em processos administrativos, seja ela questão incidental ou principal da decisão administrativa. Essa inclusive é uma das razões pelas quais se exige a procedimentalização por escrito da decisão administrativa de (in)convencionalidade, sem o que o controle judicial da Administração Pública ficaria prejudicado.

dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 343-356, 2018. p. 349).

¹³⁸⁵ Enrique Alonso Regueira localiza nos Casos Claude Reyes (§ 118) e Chocrón Chocrón (§ 115) a interpretação evolutiva da Corte IDH para aplicar todas as garantias do art. 8 da CADH a qualquer processo, não só os judiciais. Segundo o autor, desde então “as prescrições contidas no citado artigo 8.1 devem ser respeitadas por qualquer autoridade pública, seja pessoal ou colegiada, seja administrativa, legislativa ou judicial; nas decisões que elas exerçam funções materialmente jurisdicionais ou que determinem direitos de ordem penal, civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza; assim como nos procedimentos administrativos em geral e nos sancionatórios em particular.” (REGUEIRA, Enrique Alonso. **El control de convencionalidad de la actividad administrativa**. Bueno Aires: Lajouane, 2017. p. 278-279).

¹³⁸⁶ Conforme registra Durán Martínez, a exigência de prévio esgotamento da via administrativa antes de judicialização é inconvenção, por violação ao art. 25 da CADH, que garante acesso à justiça perante tribunal independente (MARTÍNEZ, Augusto Durán. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigaciones Constitucionales**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. p. 105).

3.2. O controle de convencionalidade de práticas estatais pela função administrativa

Como registra Sérgio García Ramírez,¹³⁸⁷ no Caso Yatama vs. Nicarágua (2005) a Corte IDH fez constar expressamente na sentença que da obrigação de garantia do art. 2 da CADH se extrai o dever de *suprimir* normas e “práticas de qualquer natureza” contrárias aos direitos humanos.¹³⁸⁸ Antes daquele caso, a mesma posição está fundamentada também nos Casos Castillo Petruzzi e outros vs. Peru (1999),¹³⁸⁹ Durand e Ugarte vs. Peru (2000),¹³⁹⁰ Baena Ricardo e outros vs. Panamá (2001)¹³⁹¹ e Cantoral Benavides vs. Peru (2001).¹³⁹²

Portanto, desde antes da consolidação da teoria do controle de convencionalidade no SIDH já havia a percepção de que não basta a adequação daquilo que a Corte IDH compreende como normas jurídicas com os tratados de direitos humanos. Também práticas estatais de qualquer natureza devem estar de acordo com os direitos convencionais.

Exsurge a dúvida do que seriam as ditas práticas, no que a Corte IDH em sua jurisprudência não é clara. É verdade que a Corte IDH, cuja jurisprudência serve de inspiração para a classificação ora adota, hesita na sua própria classificação, o que fomenta insegurança jurídica. No Caso Atala Riffo, por exemplo, consignou que “nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.”¹³⁹³ Ou seja, distinguiu “decisão” de “prática”.

Entre as práticas estatais de relevância para a presente tese estão as manifestadas pela função administrativa, mas também as produzidas pela função jurisdicional. Isto é, as decisões administrativas e as decisões judiciais. Tradicionalmente compreendem-se as decisões como normas estatais individuais¹³⁹⁴ (quando emanadas pela função administrativa, *atos*

¹³⁸⁷ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integración jurídica: emergencia de un nuevo derecho público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 578.

¹³⁸⁸ “El deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas *para suprimir las normas y prácticas* de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención Corte IDH.” (Caso Yatama vs. Nicarágua. Sentença de 23 jun. 2005. § 170 – grifos ausentes no original).

¹³⁸⁹ CORTE IDH. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru. Sentença de 30 maio 1999. § 207.

¹³⁹⁰ CORTE IDH. Caso Durand e Ugarte vs. Peru. Sentença de 16 ago. 2000. § 137.

¹³⁹¹ CORTE IDH. Casos Baena Ricardo e outros vs. Panamá. Sentença de 02 fev. 2001. § 180.

¹³⁹² CORTE IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Sentença de 03 dez. 2001. § 178.

¹³⁹³ CORTE IDH. Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile. Sentença de 24 fev. 2012. § 91.

¹³⁹⁴ “(...) a aplicação do Direito existe tanto na produção de normas jurídicas gerais por via legislativa e consuetudinária como nas resoluções das autoridades administrativas e ainda – como veremos – nos ato jurídico-

administrativos), compreensão técnico-histórica absolutamente correta na medida em que o ato de autoridade estatal materializado em decisão administrativa ou judicial corresponde a uma prescrição jurídica. Entretanto, de modo a seguir a orientação classificatória constante na jurisprudência da Corte IDH, e por razões didáticas, optou-se por classificar as decisões administrativas e judiciais como “práticas estatais” a fim de explicitar o tratamento invalidador distinto que ressalta de sua declaração de inconveniência se comparado com a declaração de normas jurídicas disciplinadoras de condutas em abstrato. Ademais, outra vantagem em optar pela classificação das decisões e atos administrativos (os concretos, especialmente) como práticas é poder enquadrá-los todos, sejam quais forem as respectivas espécies, como condutas estatais sujeitas a controle. Inclusive quando não têm conteúdo normativo, como seria o caso de um parecer jurídico inserido em procedimento administrativo, um ato administrativo material, uma recomendação ou orientação, ou mesmo uma súmula, administrativa ou judicial, vinculante ou não.

Assim, limitam-se as normas às produções jurídicas prescritivas do poder constituinte e dos representantes eleitos do povo, alocados na estrutura do Poder Legislativo. Perde-se em precisão, ganha-se em extensão e compreensão do que pode ser objeto de controle de convencionalidade. Trata-se de uma opção metodológica e classificadora válida do ponto de vista da teoria do controle de convencionalidade e que permite melhor compreensão da operacionalização da técnica.

Abaixo serão demonstrados exemplos de recusa legítima de cumprimento a comandos de atos com natureza administrativa ou jurisdicional pela Administração Pública, mediante utilização da técnica de controle de convencionalidade nacional. A opção pela restrição das práticas analisadas aos atos administrativos e jurisdicionais se dá pela maior recorrência dessas práticas e pelo maior interesse que guardam para o controle de convencionalidade no cotidiano da função administrativa.

3.2.1. Controle de convencionalidade de atos jurisdicionais

Segundo alguns entendem, o descumprimento de alguma norma convencional implica em responsabilização do Estado. Mas não obrigatoriamente em controle de

negociais; e os tribunais aplicam as normas jurídicas gerais ao estabelecerem *normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas gerais*, e nas quais é estatuída uma sanção concreta: uma execução civil ou uma pena.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 263. Grifos ausentes no original).

convencionalidade, que demanda uma incompatibilidade *entre normas*.¹³⁹⁵ Ou seja, limitam o parâmetro de análise e objeto do exame de convencionalidade a produções normativas, respectivamente internacionais e nacionais.

Uma vez que uma decisão judicial é necessariamente fundamentada em normas jurídicas, sua contrariedade a um tratado de direitos humanos interpretado segundo o entendimento jurisprudencial internacional em última instância significaria a contrariedade da norma que embasou a decisão judicial (ou uma dada interpretação da norma) com o tratamento convencionalmente adequado, com a própria CADH. Portanto, o respectivo controle de convencionalidade nacional sobre a decisão judicial seria também um controle *normativo*.

Entende-se que essa classificação que tradicionalmente aceita as decisões judiciais como normas individuais contribui para confundir a técnica de controle de convencionalidade, porque a digressão à norma jurídica geral que fundamentou a norma jurídica individual (a decisão) que leva ao cotejo entre normas internas e de tratado nem sempre revela com nitidez a inconvenção. Muito bem pode uma decisão judicial se sustentar na Constituição Federal e no Código Penal para arquivar sumariamente uma denúncia criminal em face de torturador com base na prescrição do crime cometido nos anos da Ditadura Militar. A decisão judicial de arquivamento é inconvenção, mas não porque a Constituição ou o Código Penal ou a interpretação que deles se faça sejam inconvenções, e sim porque a *própria decisão judicial* afronta a CADH tal como interpretada no Caso Gomes Lund vs. Brasil.¹³⁹⁶

Dito isso, defende-se que a possibilidade de controle de convencionalidade de decisões judiciais pela Administração Pública nas situações em que: (i) decisões judiciais dirigidas à Administração Pública contrariam uma norma de tratado internacional de direitos humanos, tal como interpretada pela jurisprudência da Corte IDH; (ii) decisões judiciais contrariam uma sentença internacional condenatória dirigida diretamente ao Estado-parte.

3.2.1.1. Controle sobre decisões judiciais que contrariam uma norma de tratado de direitos humanos

A declaração de inconvenção de decisões judiciais é plenamente admitida pela Corte IDH, como ilustra o emblemático e polêmico Caso Fontevecchia vs. Argentina

¹³⁹⁵ SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 217-242, 2017. p. 224.

¹³⁹⁶ CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Sentença de 24 nov. 2010.

(2011)¹³⁹⁷ e já fora decidido no Caso Las Palmeras vs. Colômbia (2000)¹³⁹⁸ e no Caso Gomes Lund vs. Brasil.¹³⁹⁹

Em respeito ao princípio da separação de poderes, a função jurisdicional deve ser deferente às decisões dos demais Poderes. Entretanto, essa deferência encontra limite no arbítrio por ação ou omissão.¹⁴⁰⁰ O inverso também é verdade, e diante de atuação inconvenção do Poder Judiciário, cabe à função administrativa recusar deferência à função jurisdicional.

Sustenta-se que, enquanto não há norma em sentido contrário, nada impede a função administrativa de realizar no âmbito de suas competências o controle de convencionalidade nacional em face de decisões judiciais que afrontam uma norma convencional. Uma decisão judicial inconvenção é inválida, e não pode produzir efeitos. Se ela se dirige à função administrativa, esta pode legitimamente se recusar a cumprir o comando judicial, sob o argumento motivado da inconvenção. Propiciar maiores graus de proteção normativa

¹³⁹⁷ A Argentina desde a reforma constitucional de 1994 era um país que aderira às condenações da Corte IDH. Chegou a adotar a teoria da desconstituição da coisa julgada inconvenção no Caso Mazzeo, em 2007, alterando decisão transitada em julgada para adequá-la à condenação internacional. Em razão do resultado do Caso Mohamed vs. Argentina, a Suprema Corte de Justiça da Nação determinou inclusive alteração da decisão inicialmente tomada para adequá-la ao julgado internacional, demonstrando que cabe controle de convencionalidade sobre decisão judicial. Mas em 2017, no Caso Fontevecchia, a Argentina retrocedeu nos avanços no tema de controle de convencionalidade, e recusou-se a tornar sem efeito a condenação imposta aos cidadãos pela Suprema Corte de Justiça da Nação, alegando que a Corte IDH extrapolou suas competências. Nesse caso a Corte IDH condenou a Argentina a deixar “sem efeitos” condenação transitada em julgada que condenava Editorial Perfil, Jorge Fontevecchia e Héctor D’Amico a indenizar civilmente o ex-presidente Carlos Menen por notícias publicadas na imprensa e pretensamente difamatórias. Prevalece, segundo a Corte IDH, a liberdade de expressão do art. 13 da CADH, pois em razão do cargo ocupado pelo ex-presidente as notícias divulgadas seriam de interesse público, não sujeitas a censura ou punição. O que a Suprema Corte da Nação Argentina fez, ao receber a condenação da Corte IDH, foi negar-lhe cumprimento por entender que o Tribunal internacional não teria competência para deixar sem efeitos decisões judiciais transitadas em julgado. A Suprema Corte defendeu que sobre as sentenças que fizeram coisa julgada o Estado argentino resguardou, na sua Constituição, uma reserva de soberania não sujeita à competência da Corte IDH. Que apesar de obrigatórios, os julgados da Corte IDH não poderiam interferir naqueles assuntos reservados à competência da Justiça nacional, intérprete final da Constituição. Ademais, não haveria nenhum dispositivo na CADH que obrigasse os Estados a “deixar sem efeito” ou “revogar” condenações judiciais. A decisão argentina não é compatível com a jurisprudência internacional e nem mesmo com o art. 68 da CADH. Trata-se de caso de descumprimento de sentença internacional. (Cf. sobre o tema, HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017).

¹³⁹⁸ CORTE IDH. Caso Las Palmas vs. Colômbia. Sentença de 06 dez. 2001. Voto concorrente do juiz Cançado Trindade. § 5.

¹³⁹⁹ “49. En numerosas ocasiones la Corte ha sostenido que el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que este Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana, lo cual incluye, eventualmente, las decisiones de tribunales superiores. (...)” (CORTE IDH. CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Sentença de 24 nov. 2010. § 49).

¹⁴⁰⁰ FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 221.

ao ser humano é fundamento último do controle de convencionalidade.¹⁴⁰¹ Portanto, a não ser que o Estado regule em norma constitucional ou lei de forma diferente, nada permite concluir que a função administrativa não possa se recusar a cumprir decisão judicial contrária aos direitos humanos previstos em tratados internacionais.

Um primeiro exemplo visa aclarar essa possibilidade, e diz respeito ao controle de convencionalidade sobre súmula vinculante, hipótese em que não se aplicaria a Lei n. 11.417/2006 que obriga a Administração Pública a segui-la.¹⁴⁰²

De acordo com o decidido pelo STF e representado no enunciado da Súmula Vinculante n. 3, “Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, *excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão de aposentadoria, reforma e pensão.*”¹⁴⁰³

O fundamento para a exceção contida na parte final da súmula é de que nos registros de aposentadoria, reforma e pensão não haveria litígio ou controvérsia que atraísse o direito ao contraditório e ampla defesa previstos no art. 5º, LIV da Constituição Federal. Haveria mero ato administrativo complexo, segundo o STF.

Mas embora o STF possa determinar a constitucionalidade da súmula sob aquele fundamento, ela não passa pelo teste de convencionalidade. Há inconvenção de súmula, uma prática estatal jurisdicional, segundo a classificação ora adotada, porque ela ignora o direito humano de oitiva prévia do cidadão em processos de registro de aposentadoria, reforma e pensão. O art. 8.1 da CADH garante esse direito de oitiva na apuração de qualquer questão em que *se determinem direitos ou obrigações de qualquer natureza*.¹⁴⁰⁴ Sob a ótica convencional, sempre que um Tribunal de Contas nos processos de registro esteja prestes a decidir no sentido de diminuir proventos ou pensões; excluir

¹⁴⁰¹ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales**: el control de convencionalidad. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012. p. 53.

¹⁴⁰² (Lei n. 11.417/2006) “Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.”

¹⁴⁰³ Grifou-se.

¹⁴⁰⁴ (CADH) “Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

vantagens; declarar ilegal o benefício, enfim, diminuir a esfera jurídico-patrimonial de alguém, deverá garantir o contraditório prévio, sob pena de inconvenção.

A súmula não passa pelo crivo da convencionalidade, e não pode a Lei n. 11.417/2006 ser aplicada a pretexto de valer súmula vinculante inconvenção, sob pena de prevalecer a lei diante da norma convencional de direitos humanos. A concretização do exposto pode ser extraída de um exemplo concreto do TCU.

Diz respeito à verba remuneratória recebida por auditores fiscais e analistas tributários federais consistente no Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei 13.464/2017.¹⁴⁰⁵ O TCU entende que como o bônus não integra base de cálculo para aposentadoria de servidor federal, não pode ser incorporado nas aposentadorias e pensões. Por isso, quando registra uma aposentadoria, o TCU manda excluir essa parcela dos proventos sem oportunizar contraditório prévio do servidor. E se baseia na Súmula Vinculante n. 3 para dizer que a exclusão não viola o art. 5º, LIV e LV CF.¹⁴⁰⁶ O exemplo mostra como uma prática judicial e administrativa corriqueira está em desacordo com a CADH, e que por isso deve ser declarada inconvenção quando Tribunais de Contas atuam em processos administrativos de registro. Trata-se de um exemplo que demonstra ao mesmo tempo a recusa de aplicação da súmula e da Lei n. 11.417/2006 e dos arts. 64-A e 64-B da Lei n. 9.784/99, que preveem a obrigatoriedade de seguimento de súmula vinculante por parte da Administração Pública.¹⁴⁰⁷

Há ainda hipóteses não tão evidentes de inconvenção de decisão judicial, porque reclamam o conhecimento da interpretação que a Corte IDH dá a determinado direito previsto em tratado internacional. Alguns, como Lázaro, sequer admitem que os agentes

¹⁴⁰⁵ (Lei 13.464/2017) “Art. 6º São instituídos o Programa de Produtividade da Receita Federal do Brasil e o Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, com o objetivo de incrementar a produtividade nas áreas de atuação dos ocupantes dos cargos de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e de Analista Tributário da Receita Federal do Brasil.”

¹⁴⁰⁶ Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 963/2019-Plenário. Processo TC 028.490/2017-7. Relator Min. Aroldo Cedraz. Sessão de 30 abr. 2019.

¹⁴⁰⁷ (Lei n. 11.417/2006) “Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.” “Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.”

(Lei n. 9.784/99) “Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso. Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

públicos nacionais possam ser intérpretes autônomos da CADH, pois isso levaria a um grau extremo de insegurança e fragmentação interpretativa. O controle de convencionalidade interno exigiria para ela, por isso, a existência prévia de um parâmetro interpretativo previamente fixado pela intérprete autêntica da CADH, a Corte IDH. Essa seria a forma de garantir uniformidade de interpretação e segurança jurídica.¹⁴⁰⁸ Essa problematização leva ao tema da “norma convencional interpretada”.

Como a Corte IDH “é o único órgão jurisdicional internacional do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, cuja função essencial é a aplicação e interpretação da Convenção Americana, *suas interpretações adquirem o mesmo grau de eficácia do texto convencional*.”¹⁴⁰⁹ Há, desse modo, dois efeitos da jurisprudência da Corte IDH: **(a)** os efeitos subjetivos do caso, na forma do art. 68.1 da CADH; **(b)** os efeitos objetivos *erga omnes* da norma interpretada pela Corte IDH, cuja justificativa estaria no dever de comunicação da sentença a todos os Estados-parte da CADH, previsto no art. 69. A jurisprudência da Corte IDH passa a vincular os Estados que não foram parte do processo internacional a partir do momento que são notificados na forma do art. 69 da CADH.¹⁴¹⁰

Na primeira hipótese há *res judicata inter partes*; enquanto na segunda hipótese há *res interpretata erga omnes*.¹⁴¹¹ Neste segundo caso, passa-se o que se denominou doutrinariamente vinculação *indireta erga omnes* aos pronunciamentos da Corte IDH.¹⁴¹² Para Ramírez, a interpretação formada em opiniões consultivas¹⁴¹³, resoluções em medidas

¹⁴⁰⁸ LÁZARO, María Carmelina Londoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, a. 43, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. p. 811-812.

¹⁴⁰⁹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 591.

¹⁴¹⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 591/690.

¹⁴¹¹ “Isso porque, como intérprete legítima e final do *corpus juris* interamericano, conforme os arts. 62.3 e 64 da CADH, suas decisões produzem um duplo efeito: *res judicata* (com efeito *inter partes*, vinculando as partes do caso sob análise) e *res interpretata* (com eficácia *erga omnes*, vinculando os Estados que tenham reconhecido sua competência).” (ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 42).

¹⁴¹² HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 152.

¹⁴¹³ A consulta de convencionalidade que origina opiniões consultivas tem natureza distinta dos processos litigiosos envolvendo Estados. Mas não retira, apesar disso, o conteúdo interpretativo que a Corte IDH faz do Pacto de São José e/ou outros tratados. As manifestações em opiniões consultivas são, segundo o Sagüés, *jurisprudência*, termo que representa manifestações diversas de um tribunal, e não só sentenças. (SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. **Pensamiento Constitucional**, Lima, n. 20, p. 257-283, 2015. p. 280). Para Siddharta Legale, já citado anteriormente, as opiniões consultivas têm *força vinculante reflexa*. Não geram responsabilidade internacional direta pelo descumprimento do entendimento nelas manifestado. Mas gera responsabilização na medida em que descumprir o entendimento de uma OC representará, seguramente, uma violação aos direitos humanos tal como interpretados pela Corte IDH (LEGALE, Siddharta. Controle de convencionalidade consultivo? Um estudo em homenagem ao professor Sidney Guerra. In: BUZANELLO, José Carlos; WINTER, Luis Alexandre Carta

provisórias e em monitoramentos de cumprimento de sentença também vinculam quando interpretam o sentido de normas convencionais.¹⁴¹⁴

Insta salientar nesse ponto também a força das decisões da Comissão IDH, haja vista a previsão do art. 51.2 da CADH: “A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado *deve* tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada.”¹⁴¹⁵ Logo, servem de guia interpretativo para exercício do controle de convencionalidade também decisões da Comissão IDH manifestadas em suas recomendações, medidas cautelares e relatórios.¹⁴¹⁶

Em todos esses casos, só a interpretação vincularia, pois o dispositivo de uma sentença ou de outra decisão da Corte IDH no que toca as eficácias decisórias só obriga o Estado-parte do caso.¹⁴¹⁷ Ademais, a eficácia é relativa apenas às partes interpretadas do julgado mais benéficas ao ser humano, não se aplicando: (i) àquelas partes que possam diminuir o efeito protetivo que a interpretação interna do Estado já aplica de forma mais favorável (“margem interpretativa nacional” para o que for mais favorável); (ii) aquelas partes contraditórias com eventuais reservas, declarações interpretativas e denúncias que o Estado tenha realizado em relação ao tratado.¹⁴¹⁸

A Corte IDH trabalha de modo temático, sob a preocupação da realidade latino-americana. Sem abstrações jurídicas, mas com vistas à edificação de jurisprudência restauradora da dignidade de grupos vulneráveis. Há um complexo de jurisprudência interamericana sobre encarcerados, defensores de direitos humanos, pobres, mulheres,

(Coords.). GUERRA, Caio Grande (Org.). **Um novo Direito**: homenagem aos 25 anos de docência no Ensino Superior do Professor Dr. Sidney Guerra. Curitiba: Instituto Memória, 2019. p. 89-94).

¹⁴¹⁴ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 570).

¹⁴¹⁵ Grifou-se.

¹⁴¹⁶ DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *at al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 551.

¹⁴¹⁷ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 571.

¹⁴¹⁸ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos**. México-DF: Tirant lo Blanch, 2013. p. 654.-655.

indígenas, pessoas com deficiência, migrantes e crianças, por exemplo, que segundo a Corte obrigam a todos os Estados do SIDH.¹⁴¹⁹

No que tange ao controle de convencionalidade, a Corte IDH é órgão com procedência para o controle concentrado e para a criação de precedentes vinculantes destinados aos Estados parte da Convenção.¹⁴²⁰ Para Mac-Gregor a Corte IDH é a intérprete “‘última’ e ‘definitiva’” da CADH, responsável por unificar o entendimento da convenção no que tange padrões mínimos de proteção e aplicação dos direitos humanos.¹⁴²¹ A boa-fé no cumprimento da CADH conforme interpretada pela Corte IDH aliada ao compromisso de evitar responsabilização estatal levaria à conclusão de que todos os Estados devem seguir a linha jurisprudencial da Corte estabelecida até mesmo em casos em que os Estados não foram partes processuais, posição estabelecida claramente na sentença de supervisão do Caso Gelman.¹⁴²² Durante a supervisão de cumprimento de sentença exarada em 2013, a Corte IDH indicou expressamente a eficácia relativa da “norma convencional interpretada”, aplicável “sempre e quando não exista uma interpretação que outorgue maior efetividade à norma convencional no âmbito nacional.”¹⁴²³ Logo, há reconhecimento jurisprudencial da distinção entre a vinculação ao dispositivo de uma sentença internacional e a vinculação aos fundamentos determinantes dela. Ao dispositivo da sentença só está vinculado o Estado que foi parte do processo, nos termos do art. 68 da CADH. Já aos fundamentos determinantes,

¹⁴¹⁹ RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 28, p. 15–51, 2014. p. 45-47.

¹⁴²⁰ GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos convencionales para el control de la arbitrariedad de la Administración: instrumento idóneo en los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 231-233.

¹⁴²¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 532.

¹⁴²² HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocesos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 147-151.

¹⁴²³ O trecho completo é o seguinte: “69. En cambio, diversa eficacia de vinculación produce la sentencia interamericana para los demás Estados Parte que no intervinieron en el proceso internacional, al sólo limitarse a la ‘jurisprudencia interamericana’, es decir, a la ‘norma convencional interpretada’ y no así a la totalidad del fallo. Esta eficacia interpretativa es ‘relativa’, en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana. Además, deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso, si bien en esos supuestos la Corte IDH puede, eventualmente, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación, como lo ha realizado en algunas ocasiones.” (CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentença de 20 mar. 2013. § 69).

estão vinculados todos os Estados parte da CADH. É isso que garante a força normativa da própria Convenção e do tribunal autorizado a interpretá-la.¹⁴²⁴

Apesar das críticas¹⁴²⁵, pode-se, portanto, dizer que existe uma “norma convencional interpretada” pela Corte IDH que vincula a todos os Estados. Não só os dispositivos de sentenças internacionais são vinculantes e servientes ao controle de convencionalidade nacional, mas também seus fundamentos.¹⁴²⁶ Salvo, entretanto, quando a interpretação que o Estado faz é mais protetiva (ou seja, aplica-se o princípio *pro persona* para afastar a eficácia interpretativa). Segundo Mac-Gregor, o art. 2 prevê “medidas de qualquer caráter” como obrigações estatais para proteger e respeitar os direitos humanos, o que inclui interpretações da Corte IDH, alçada pela CADH como órgão autorizado a interpretar e aplicar dita convenção.¹⁴²⁷ Assim foi decidido expressamente no Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México (2010), momento em que a Corte anunciou que na tarefa de realizar o controle de convencionalidade “os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça devem ter em conta não somente tratado, senão também a interpretação que dele fez a Corte

¹⁴²⁴ “Sucedee que os fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* expressam uma tese jurídica ou o sentido atribuído a uma norma diante de determinada realidade fática. Esta tese ou sentido, por revelarem o entendimento da Corte acerca de como a Convenção deve ser compreendida em face de certa situação, certamente devem ser observados por todos aqueles que estão obrigados perante a Convenção.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 82-83).

¹⁴²⁵ Há quem como Castilla Juárez discorde da vinculação dos juízes nacionais à jurisprudência da Corte IDH para casos dos quais não participou o Estado signatário da CADH. Para o autor não há norma na CADH que obrigue aos juízes seguir a jurisprudência internacional, e defender dita vinculação é aceitar uma violação indevida à independência judicial. Nem mesmo a boa-fé no cumprimento dos tratados obrigaria um juiz de um Estado que não foi condenado seguir o entendimento fixado no julgado, pois segundo o autor nenhum dispositivo da CADH admite essa lógica. Não foi a esse entendimento que aderiram os Estados que, ainda que de boa-fé, aderiram ao tratado. Portanto, em respeito à segurança jurídica não se poderia defender que os Estados assumam obrigações que inexistiam quando firmaram o tratado. Por fim, para o autor, o art. 69 não pode ser interpretado em favor da interpretação vinculante *erga omnes*. Segundo defende, a interpretação correta do art. 69 e a intenção contida na norma foi apenas tornar mais eficiente a comunicação dos julgados a todos os Estados integrantes de um tratado multilateral, como é a CADH. Para ele a norma é uma prescrição de *cortesia*. E emenda: outro não poderia ser o sentido da norma em um sistema que, na forma do art. 62, exige a adesão separada à competência jurisdicional da Corte IDH. Se a interpretação do art. 69 fosse no sentido de vincular a todos os Estados à jurisprudência da Corte IDH, todos os Estados que são notificados dos julgados, *inclusive aqueles que não aderiram à Corte IDH*, seriam vinculados a ela, o que não guardaria sentido segundo Castilla Juárez (Cf. CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 2, p. 53-100, 2016. p. 82-86).

¹⁴²⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. **Pensamiento Constitucional**, Lima, n. 20, p. 257-283, 2015. p. 278.

¹⁴²⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del Caso *Gelman vs. Uruguay*). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos**. México-DF: Tirant lo Blanch, 2013. p. 639-647.

Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.”¹⁴²⁸ Posteriormente o caráter vinculante da jurisprudência da Corte foi manifestado em outros casos, como o Caso López Lone vs. Honduras (2015)¹⁴²⁹ e Caso Comunidade Garífuna vs. Honduras (2015)¹⁴³⁰ sobre o conceito de propriedade indígena vinculante às autoridades estatais.¹⁴³¹

Ao interpretar a jurisprudência da Corte IDH, igualmente para Miguel Carbonell a *res interpretata* é absolutamente vinculante da atuação estatal, qualquer que seja a função exercida pela autoridade pública nacional. Não fosse assim, segundo Carbonell, poderiam as autoridades públicas optar por não seguir dada interpretação projetada pela Corte IDH competente para interpretar privilegiadamente as normas convencionais, o que poderia gerar descumprimento do tratado.¹⁴³²

Se não vinculantes, todos os julgados da Corte IDH ao menos orientam ou influenciam as Administrações Públicas de todos os Estado do SIDH.¹⁴³³ No Brasil essa conclusão é reforçada por decisão soberana interna, pois na linha do que argumentam Alves e Leal, “a vinculação à *res interpretata* das decisões da Corte IDH é, ainda, corroborada pelo próprio art. 1º do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, o qual prevê o reconhecimento obrigatório, de pleno direito e por prazo indeterminado, da competência da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH.”¹⁴³⁴ Ainda, como registra Borges, o art. 4º, parágrafo único da CF é norma que ao obrigar a integração latino-americana termina por tornar ainda por cima cogentes as “decisões, jurisprudência, resoluções emanadas da Comissão e da Corte Interamericana, para além é claro, de outros meios de integração como, por exemplo, o MERCOSUL.”¹⁴³⁵ Portanto, a *ratio decidendi* das decisões da Corte

¹⁴²⁸ CORTE IDH. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Sentença de 26 nov. 2010. § 225.

¹⁴²⁹ CORTE IDH. Caso López Lone vs. Honduras. Sentença de 05 out. 2015. § 307.

¹⁴³⁰ CORTE IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras. Sentença de 08 out. 2015. §§ 211/255.

¹⁴³¹ VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 2, p. 337-361, 2018. p. 351.

¹⁴³² CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 80-81.

¹⁴³³ “Através da convencionalidade se estão fixando parâmetros que devem ser seguidos pelas administrações públicas e transformam, de certa maneira, a forma como usualmente se analisa o precedente judicial na administração pública.” (...) “Diante da teoria do controle de convencionalidade a Administração Pública se encontra obrigada a seguir o precedente judicial estabelecido por um juiz interamericano em um caso similar, incluindo as interpretações que haja feito a respeito de uma norma da Convenção e inclusive a forma como reparou.” (COVILLA MARTINEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019. p. 27-28).

¹⁴³⁴ ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 43.

¹⁴³⁵ BORGES, Bruno Barbosa. **O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano**: entre o conflito e o diálogo de jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 91.

IDH quanto à interpretação do sentido das normas convencionais vigentes vincula a todos os Estados signatários, e cabe à Corte IDH a interpretação autêntica da convenção.¹⁴³⁶ Há no SIDH, assim, uma limitada margem de apreciação nacional¹⁴³⁷ para casos e assuntos que já foram julgados pela Corte IDH.¹⁴³⁸

Dito isso, um exemplo é elucidativo de como decisões judiciais podem ser inconventionais por afronta a normas de CADH conforme interpretadas pela Corte IDH. É o caso do decidido pelo STF no Tema 1.199, a respeito da retroatividade das alterações mais benéficas na Lei n. 8.429/92. A Lei n. 14.230/21 alterou a Lei 8.429/92 sobre improbidade administrativa. Em alguns dos dispositivos, regulou de forma mais benéfica o tema aos acusados se comparado com o regime originário da lei, a exemplo do elemento subjetivo do tipo e da prescrição.

No julgamento do Tema 1.199 de Repercussão Geral, o STF *afastou* a retroatividade da lei mais benéfica para atos de improbidade administrativa. O principal fundamento utilizado foi o da ausência de previsão expressa no art. 5º, XL da Constituição Federal sobre a retroatividade de normas mais benéficas sobre ilícitos de natureza não penal.¹⁴³⁹ Em função disso, por maioria, o STF terminou por decidir que no processamento por improbidade administrativa não fosse observada a retroação das normas mais benéficas sobre: (i) o elemento subjetivo do tipo de improbidade, para casos trânsitos em julgado; (ii) a prescrição, para todos os casos.¹⁴⁴⁰ Ocorre que a decisão majoritária do STF contraria o entendimento do tema à luz da convencionalidade.

¹⁴³⁶ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 351.

¹⁴³⁷ Como regra a Corte IDH não admite a doutrina da margem de apreciação, mas já relativizou essa jurisprudência na OC nº 4/1984 e no Caso Castañeda Gutman. (HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 136-137).

¹⁴³⁸ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 352.

¹⁴³⁹ “11. O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989. Tribunal Pleno. Relator Min. Alexandre de Moraes. Sessão de 18 ago. 2022. Publicado em 12 dez. 2022).

¹⁴⁴⁰ “13. A norma mais benéfica prevista pela Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, portanto, não é retroativa e, consequentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Observância do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. (...) 17. Na aplicação do novo regime

A CADH no art. 9 prevê, na parte final, que “Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.” A Corte IDH, mediante emprego da técnica de interpretação evolutiva, em pelo menos quatro casos já decidiu que a norma do art. 9 citado não se limita a crimes.

No Caso Tribunal Constitucional vs. Peru decidiu que é “ilícito toda forma de exercício do Poder Público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção.”¹⁴⁴¹ No Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá afirmou que o art. 9 da CADH se aplica em matéria sancionatória administrativa, por se tratar de manifestação do poder punitivo de Estado.¹⁴⁴² No Caso Ricardo Canese vs. Paraguai consignou expressamente que “este Tribunal tem interpretado que os princípios da legalidade e da irretroatividade da norma desfavorável são aplicáveis não apenas à esfera penal, mas também que seu alcance se estende às sanções administrativas.”¹⁴⁴³ E mais recentemente, em 2016, reafirmou sua jurisprudência no Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala no sentido de que “o art. 9 da Convenção é aplicável à matéria sancionatória administrativa, ademais de sê-lo, obviamente, à matéria penal.”¹⁴⁴⁴

Portanto, em contrariedade com o decidido pelo STF, no SIDH se aplica a norma convencional que determina a retroatividade da norma sancionatória mais benéfica ao acusado a sanções estatais de qualquer natureza, inclusive as previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Essa é a diretriz correta do ponto de vista dos direitos humanos, de uma

prescricional – novos prazos e prescrição intercorrente –, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa. (...) Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1199: "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989. Tribunal Pleno. Relator Min. Alexandre de Moraes. Sessão de 18 ago. 2022. Publicado em 12 dez. 2022).

¹⁴⁴¹ Corte IDH. Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru. Sentença de 31 jan. 2001. § 68.

¹⁴⁴² Corte IDH. Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá. Sentença de 2 fev. 2001 § 106.

¹⁴⁴³ Corte IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentença de 31 ago. 2004. § 175

¹⁴⁴⁴ Corte IDH. Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Sentença de 3 maio 2016. § 89.

interpretação convencionalmente adequada, e que aliás já era defendida doutrinariamente¹⁴⁴⁵ e seguida pela 1ª Turma do STJ.¹⁴⁴⁶

A relevância desse entendimento para o exercício da função administrativa punitiva é indiscutível, pois faz abarcar no processamento disciplinar de agentes públicos um regime garantista e limitador da atuação estatal, independentemente da percepção corriqueira dos juristas sobre a autonomia de instâncias e sobre a inaplicabilidade da retroatividade da norma mais benigna à esfera não penal – em função da limitação textual do art. 5º, LX da Constituição Federal.¹⁴⁴⁷ Assim, quando a Administração Pública em processos administrativos disciplinares se deparar com infrações sujeitas a demissão por ato de improbidade administrativa (art. 132, IV da Lei 8.112/90, v.g.),¹⁴⁴⁸ deve no exercício de controle de convencionalidade sobre prática estatal recusar a aplicação do entendimento do STF manifestado no Tema 1.199, por inconvenção.

Em processos administrativos caberia à Administração Pública declarar inconvenção o decidido no STF em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, e aplicar o art. 9 da CADH conforme interpretado pela CADH. As alterações na Lei de Improbidade Administrativa, mais benéficas, se aplicam retroativamente. Assim, em processos administrativos disciplinares que definem ato de improbidade, poderia uma comissão processante aplicar o art. 9 da CADH para aplicar a retroatividade da norma mais benéfica, a despeito do que decidiu o STF. A conclusão é importante porque coloca em xeque a posição do STF em relação a uma decisão tomada com repercussão geral para todos os casos similares. No entanto, *essa possibilidade exemplificada não afasta o próprio controle judicial, a ser realizado inclusive pelo próprio STF*. Qual a utilidade, então, desse mecanismo? No mínimo, retroalimentar o sistema jurídico com a lógica da convencionalidade, de modo a obrigar o STF que emanou decisão vinculante, mas deficiente

¹⁴⁴⁵ MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Lei de improbidade administrativa comentada**: de acordo com a reforma pela Lei n. 14.230/2021. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022; GUSSOLI, Felipe Klein. **Tratados de direitos humanos e Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2022. p. 263-264.

¹⁴⁴⁶ ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. AFASTADA A APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. I. O art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage. Precedente. II. Afastado o fundamento da aplicação analógica do art. 106 do Código Tributário Nacional, bem como a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. III. Recurso especial parcialmente provido. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.153.083/MT. Primeira Turma. Relator Ministro Sérgio Kukina. Relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa. Julgado em 06 nov. 2014. Publicado em 19 nov. 2014).

¹⁴⁴⁷ (Constituição Federal) “Art. 5º (...) XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”.

¹⁴⁴⁸ (Lei 8.112/90) “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: IV - improbidade administrativa.”

do ponto de vista dos direitos humanos, a reavaliar seu posicionamento, sob pena de processamento internacional do Estado brasileiro.

O fato de a Corte IDH julgar apenas casos de repercussão reforça a tese de vinculação aos seus precedentes, independentemente de condenação direta ao Estado-parte. Uma vez que não é uma Corte internacional que admite petições individuais, e não é uma quarta instância para casos concretos, suas decisões são tomadas para repercutir além do caso concreto e de modo estrutural, o que dá estofamento à tese da *res interpretata* de vinculação à *ratio decidendi* de todos os seus julgados.

Outro exemplo da importância do que ora se defende é aquele citado no relatório da Comissão IDH sobre a situação dos direitos humanos no Brasil em 2021. No relatório a Comissão IDH referenciou “o caso de Janaína Aparecida Quirino, mãe de sete filhos e grávida de um oitavo, afrodescendente e em situação de rua, a qual foi submetida a laqueadura involuntária na cidade de Mococa, São Paulo, em cumprimento a uma sentença judicial.”¹⁴⁴⁹

O exemplo demonstra a hipótese de uma decisão judicial inconveniente, contrária à Convenção de Belém do Pará e ao arts. 5.1¹⁴⁵⁰ e 11.2¹⁴⁵¹ da CADH por violação ao direito à integridade pessoal e ao direito à proteção contra ingerências abusivas na vida privada. A Corte IDH no Caso Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica, ao interpretar a CADH, reconheceu no tratado os direitos reprodutivos da mulher como direitos humanos, protegidos contra as ingerências arbitrárias e abusivas do Estado.¹⁴⁵²

Assim, no caso de Janaína Aparecida Quirino, caberia às autoridades administrativas do Sistema Único de Saúde às quais dirigidas a decisão judicial que determinava a realização da laqueadura *recusar* o seu cumprimento por inconveniência, independentemente de eventual efeito suspensivo a recurso processual judicial manejado contra aquela decisão. Trata-se de hipótese de controle de convencionalidade nacional pela função administrativa que tem como objeto uma prática: uma decisão judicial.

¹⁴⁴⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. p. 170. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁴⁵⁰ (CADH) “Direito à Integridade Pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.”

¹⁴⁵¹ (CADH) “Art. 11. Proteção da honra e dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.”

¹⁴⁵² Cf. para uma abordagem completa do tema, ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELLO, Karen Cristina Correa. A proteção dos direitos sexuais e reprodutivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos e a teoria dos diálogos jurisdicionais. **Questio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 266-292, 2019.

A adesão à tese, porém, não significa adesão cega à jurisprudência da Corte IDH para todo e qualquer caso. Em primeiro lugar, porque a obrigatoriedade de seguir cegamente os entendimentos jurisprudenciais da Corte IDH negaria o caráter dinâmico do sistema e impediria sua evolução.¹⁴⁵³ Em segundo lugar, deve ser respeitado o princípio hermenêutico *pro persona*, que autoriza afastar as decisões internacionais quando as práticas nacionais são mais benéficas ou menos restritivas.¹⁴⁵⁴ Inclusive, a superveniência de normas convencionais de tratados, normas nacionais ou decisões judiciais internas mais benéficas ou menos restritivas ao ser humano permitem superar uma dada interpretação firmada pela Corte IDH jurisprudencialmente.¹⁴⁵⁵ Em terceiro lugar, e principalmente, porque como já foi sustentado em outra sede, a vinculação à jurisprudência internacional deve seguir um “modelo de persuasão”.¹⁴⁵⁶

Existe uma vinculação do Estado à jurisprudência da Corte IDH no sentido de que ela orienta a decisão interna. Simplesmente negar a interpretação internacional e orientação jurisprudencial da Corte IDH é, além de descumprir o tratado, estar sujeito a constrangimento internacional (*power of embarrassment*).¹⁴⁵⁷ Apesar dessa conclusão, é possível e lícito seguir na contramão da jurisprudência internacional desde que mediante superação exaustiva do ônus argumentativo necessário ao afastamento do entendimento da Corte IDH sobre determinado sentido que se dá um direito humano. Mais adequado que um modelo de vinculação cega, que anula a soberania, é um modelo persuasivo, em que os argumentos são trabalhados e enfrentados reciprocamente.¹⁴⁵⁸ O afastamento da *ratio decidendi* se dá pela

¹⁴⁵³ DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *et al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 553-554.

¹⁴⁵⁴ CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Supervisão de cumprimento de sentença de 20 mar. 2013. § 69.

¹⁴⁵⁵ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 571.

¹⁴⁵⁶ GUSSOLI, Felipe Klein. Critérios para vinculação aos precedentes de Cortes Internacionais de direitos humanos: um modelo de persuasão. **Inter: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, v. 2, p. 1-19, 2019.

¹⁴⁵⁷ Cf. FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 207.

¹⁴⁵⁸ A proposta do modelo persuasivo não se confunde com a doutrina da margem de apreciação nacional. A teoria do controle de convencionalidade é potencialmente conflitante com a teoria da margem de apreciação. A margem de apreciação é criticada por ter uma falha estrutural intrínseca ao ignorar o próprio do Direito Internacional dos Direitos Humanos: estabelecer um mínimo comum de direitos e garantias aos seres humanos. Segundo Marcos, a técnica inverteria a razão de ser dos sistemas internacionais de direitos humanos, que está em proteger igualmente a todos os seres humanos que habitam todos os Estados, e não os proteger de acordo com a interpretação que certo Estado com jurisdição sobre certo território dá aos direitos humanos. A falha estrutural da técnica estaria também no fato de que ela permite às Cortes que a empregam optarem por não decidir, remetendo aos Estados violares a prerrogativa de escolher como aplicar um direito humano. A técnica relativizaria o sistema universal de garantias, que tem na universalidade seu propósito. Além disso, a técnica permitiria devolver ao Estado acusado de violar um direito humano a escolha de como aplicá-lo ou interpretá-lo, o que na maioria dos

técnica da distinção, ou *distinguishing*. A distinção na aplicação das normas convencionais como interpretadas pela Corte IDH não é simples, e para Marinoni acontece segundo as realidades próprias e diferenciadas de cada país sujeito à CADH. A tarefa é, na realidade latino-americana, evidentemente difícil. Ao mesmo tempo que não é qualquer fato que é relevante para a realização do *distinguishing*, as realidades de cada nação do continente podem justificar com mais frequência o afastamento de um precedente da Corte IDH do que o afastamento de um precedente interno.¹⁴⁵⁹

Exemplificativa disso é a interpretação que pode dar ao direito humano de propriedade, compreendido a partir das realidades de cada sociedade e país. Franco Gatti cita as favelas brasileiras como exemplo, locais onde os parâmetros internacionais do direito de propriedade não se aplicariam com a mesma justeza, quanto a aspectos do que é uma moradia digna ou acesso à água.¹⁴⁶⁰

Portanto, no controle de convencionalidade nacional não há aplicação automática do entendimento da Corte IDH no caso concreto. A atuação dos agentes responsáveis pelo controle de convencionalidade não é robótica, e nem mesmo se confunde com a atuação de mecanismos de inteligência artificial.

Os precedentes da Corte IDH acumulados em sentenças condenatórias têm, para os Estados não vinculados diretamente ao comando condenatório, um efeito orientador cujo propósito é evitar condenações para casos semelhantes.¹⁴⁶¹ Embora sua jurisprudência vincule

casos gera uma interpretação pró Estado, e não *pro persona*, minando assim também a imparcialidade requerida em qualquer julgamento. Ou seja, a técnica arrasaria com o sistema de proteção de direitos humanos, pois inverteria a lógica dos tratados e colocaria nas mãos do alzo o direito de escolher como tratar a vítima. O controle de convencionalidade não seria adequado à técnica da margem de apreciação, especialmente no SIDH, em que adotá-la significaria enfraquecer as decisões internacionais (Cf. MARCOS, Henrique Jerônimo Bezaerra. From Andes to the Alps and back again: a third world perspective of the margin of appreciation technique through the comparison of the Olmedo Bustos v. Chile case against the Otto-Preminger Institute v. Austria case. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 329-336).

¹⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 84-85.

¹⁴⁶⁰ “O relativismo cultural, o reconhecimento da incompletude, à fidelidade às origens e a valorização do repudiado e desqualificado, configuram o desafio atual do progressismo jurídico.” “As comunidades indígenas, os coletivos de diversidade sexual, os imigrantes, as populações excluídas, historicamente não participaram da edificação dos marcos conceituais a partir dos quais se criam e interpretam as normas jurídicas. Portanto, pretender submeter realidades esquecidas a parâmetros emergentes da hegemonia global acaba lançando um saldo contraproducente na efetivação dos direitos humanos.” (GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 28-29).

¹⁴⁶¹ FRANCO, Fernanda Cristina; PETERKE, Sven. Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 72.

de algum modo, é impositivo “ao intérprete o exame das peculiaridades da questão a ser apreciada, verificando suas semelhanças e diferenças com a situação fática descrita no precedente e a extensão das proteções conferidas pelos ordenamentos jurídicos nacional e interamericano.”¹⁴⁶² É imprescindível a verificação da *ratio decidendi* dos julgados e verificação da sua aplicabilidade nos casos concretos. O que, como visto, permite em certos casos até mesmo afastar o precedente da Corte IDH.¹⁴⁶³

Nessa lógica, a importante e autêntica jurisprudência da Corte IDH se aplica sem a pretensão de ser absoluta.¹⁴⁶⁴ Ao invés de hierárquico, o sistema jurídico mundial é heterárquico.¹⁴⁶⁵ No paradigma convencional mais relevante que um posicionamento derradeiro é coordenar o Direito interno com o DIDH, ainda que sem gerar uma “uniformização absoluta, posto que uma de suas características inerentes é a flexibilidade.”¹⁴⁶⁶ Ao decidir, um agente público com competência para realizar controle de convencionalidade deve considerar os elementos políticos, econômicos, culturais e geográficos que interferem para fazer uma decisão coincidir, coincidir parcialmente, ou mesmo conflitar uma decisão internacional da Corte IDH.¹⁴⁶⁷ A multiplicidade de atores responsáveis pela interpretação da CADH é um fato que não menoscaba o sistema de controle de convencionalidade. A

¹⁴⁶² SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 217-242, 2017. p. 232.

¹⁴⁶³ SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 217-242, 2017. p. 233.

¹⁴⁶⁴ Há uma multiplicidade de denominações entre os autores para tentar explicar as interações entre cortes em seus processos decisórios: empréstimos constitucionais, migrações, diálogo, comparações, fertilização cruzada, transconstitucionalismo, etc. O que se nota, todavia, é que essas interações não se confundem com a utilização (antiga) que se fazia e se faz de julgados isolados de outros países para sustentar a autoridade da decisão, ou para buscar algum paradigma decisório para uma situação fática não enfrentada. A novidade está na utilização das decisões externas à corte “como argumento persuasivo” ou mesmo como “parte da *ratio decidendi*”. Desse modo, a interação, ainda que não vinculante, se revela como fundamental *para chegar* à decisão final em um contexto de mundialização e aproximação das jurisdições. O diálogo deve acontecer acompanhado da preocupação em verificar a adequação da decisão ao Direito interno, de onde provém a fundamentação última da autoridade decisória judicial. Daí a necessidade de justificar a utilização do material externo (DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. El diálogo jurisdiccional sobre derechos humanos y el surgimiento de la red internacional de cortes constitucionales. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Arcaro (Org.). **Diálogo entre Cortes**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2016. p. 272-313. p. 273-276).

¹⁴⁶⁵ É o que a proposta do transconstitucionalismo, afinal, prega: “Essa situação importa relações de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercâmbio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica.” (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 117/131). Cf. ainda, TORELLY, Marcelo. **Governança transversal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹⁴⁶⁶ ROA ROA, Jorge Ernesto *et al.* *Amicus curiae* sobre a solicitação de opinião consultiva relativa à figura do juízo político ou impeachment apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 1, p. 213-266, maio 2018. p. 226.

¹⁴⁶⁷ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 72/86.

jurisprudência conflitante entre órgãos será sempre uma realidade difícil de contornar.¹⁴⁶⁸ Por isso é mais adequado enxergar esse fenômeno e seu viés político entre os atores responsáveis pela interpretação e investir na expansão persuasiva de patamares mais protetivos e que sejam coerentes com a finalidade dos direitos humanos. A maior parte dos casos resolvidos e que envolvem direitos humanos não chegará à Corte IDH, o que mais uma vez destaca o papel dos órgãos internos de todos os Poderes na operacionalização daquelas normas.

Cabe dizer, também, que diferentemente do que defende Lázaro¹⁴⁶⁹, se não há jurisprudência da Corte IDH sobre algum tema de direitos humanos sujeito a enfrentamento pelo agente público que exerce o controle de convencionalidade nacional contra decisões judiciais, ele tem *liberdade interpretativa*, desde que mediante sujeição à CADH.¹⁴⁷⁰ Assim, se a Corte IDH não definiu norma interpretada na sua jurisprudência, poderá o agente público exercer o controle de convencionalidade em face de decisão judicial que motivadamente entenda inconvencional.

Do exposto, a função administrativa deve, como regra de conduta, seguir os precedentes da Corte IDH em casos similares aos julgados e interpretados internacionalmente, o que por consequência reduz a discricionariedade administrativa ao atendimento dos direitos humanos *como foram interpretados pela Corte IDH*.¹⁴⁷¹ O que, no que toca o objeto deste subcapítulo, afasta a obrigatoriedade de cumprimento de uma decisão judicial dirigida à Administração Pública e que contraria a norma convencional interpretada.

Não há um procedimento específico para o controle de convencionalidade imposto pela CADH.¹⁴⁷² No entanto, como a recusa de cumprimento a decisão judicial por força de controle de convencionalidade significa interferência drástica na lógica do princípio da separação dos poderes, até que não haja regulação da técnica, recomenda-se, para a legitimidade da recusa de obediência à decisão judicial, nesse caso, que o agente público

¹⁴⁶⁸ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 73.

¹⁴⁶⁹ LÁZARO, María Carmelina Londoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, a. 43, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. p. 811-812.

¹⁴⁷⁰ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 137/140; GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos convencionales para el control de la arbitrariedad de la Administración: instrumento idóneo en los países signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 245.

¹⁴⁷¹ COVILLA MARTINEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019. p. 28.

¹⁴⁷² CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentença de 30 jan. 2014.

conducente da decisão se valha, anteriormente à declaração de inconvencionalidade da decisão judicial, de parecer do órgão de consultoria jurídica competente.

3.2.1.2. Controle de convencionalidade de decisões judiciais que contrariam uma sentença internacional dirigida ao Estado-parte

A defesa do controle de convencionalidade em face de decisões judiciais ganha relevo na medida em que mais de um estudo empírico destaca a baixa adesão dos membros do Poder Judiciário às condenações internacionais dirigidas contra o Brasil, senão o descumprimento deliberado das sentenças da Corte IDH.¹⁴⁷³ Conforme registra Flávia Piovesan, um dos principais desafios para avanço dos direitos humanos é justamente “aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito interno.”¹⁴⁷⁴

Sentenças internacionais são fonte de Direito Internacional segundo o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Elas são “os pronunciamentos terminativos obtidos em processos tramitados em órgãos internacionais que exercem a jurisdição internacional, conforme estabelecido em seus respectivos tratados constitutivos.”¹⁴⁷⁵ Sempre que a Corte IDH condena um Estado ela impõe por sentença internacional deveres concretos cabíveis a cada um dos poderes estatais. A cada um deles cabe cumprir a sentença internacional, de ofício, realizando controle de convencionalidade conforme mandar a sentença e conforme as competências detidas por cada órgão, segundo determinado pelo

¹⁴⁷³ No ano de 2019 Bossi pesquisou 54 decisões da Justiça Federal publicadas entre 2011 e 2018 a partir de 37 denúncias do Ministério Público Federal propostas com base na condenação do Brasil no Caso Gomes Lund, que determinou o processamento de sujeitos que cometeram crimes contra a humanidade durante a ditadura militar. Apenas 11 decisões judiciais eram compatíveis com a sentença internacional condenatória, sendo as outras 43 analisadas contrárias por rejeição da denúncia. Trata-se um percentual de 79,63% de incompatibilidade apontado pelo autor. A conclusão geral do estudo qualitativo e quantitativo é de que o grau de adesão da Justiça Federal aos julgados da Corte IDH é baixo, o que da perspectiva das vítimas e familiares deslegitima a função jurisdicional (BOSSI, Pedro Pimenta. **The past that is still present: a study on the compatibility and legitimacy of judicial decisions on the crimes of the Brazilian military dictatorship.** Cambridge: University of Cambridge, Institute of Criminology, 2019. p. 52/72). Estudo similar do CNJ publicado em 2023 sobre o comportamento judicial diante da Convenção Americana sobre Direitos Humanos demonstra resultados semelhantes. Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça/ Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). **Justiça Pesquisa, 5ª Edição. Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro.** 2023. 310p.

¹⁴⁷⁴ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano.** Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 144.

¹⁴⁷⁵ SOUZA, Nevitton Vieira. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 343-356, 2018. p. 345.

ordenamento jurídico.¹⁴⁷⁶ Por isso, as sentenças internacionais não se confundem com sentenças estrangeiras. São recepcionadas automaticamente e podem ser executadas internamente pelos meios processuais pertinentes de cada Estado.¹⁴⁷⁷

O cumprimento de uma condenação inapelável da Corte IDH é inquestionável por parte dos Estados que aderiram à competência jurisdicional da Corte (art. 68 da CAHD).¹⁴⁷⁸ Aqueles que não pretendem cumprir suas decisões quando condenados só têm duas opções: “não ser parte do tratado e/ou não reconhecer a competência da Corte IDH.”¹⁴⁷⁹ Não fosse suficiente a literalidade do art. 68 da CADH, a boa-fé do Estado que se submeteu voluntariamente à jurisdição de uma Corte internacional não deixaria outra opção juridicamente válida a não ser cumprir a condenação.¹⁴⁸⁰

A análise ora empreendida não se limita às sentenças internacionais como espécie de decisão internacional. As medidas provisórias da Corte IDH também são obrigatórias por força dos arts. 63.2 e 68 da CADH¹⁴⁸¹, e o descumprimento isolado de uma medida provisória também pode gerar responsabilidade internacional.¹⁴⁸²

Diante disso, se uma decisão judicial interna dirigida a Administração Pública é de alguma forma contraditória com o comando da sentença internacional irrecorrível ou medida provisória da Corte IDH, cabe a autoridade administrativa destinatária da ordem fazer controle de convencionalidade em face de decisão judicial com elas contraditórias. Ou seja, o

¹⁴⁷⁶ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016. p. 104-123.

¹⁴⁷⁷ HITTERS, Juan Carlos. El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional. Cláusula Federal). **Estudios constitucionales**, a. 10, n. 2, p. 535-574, 2012. p. 569.

¹⁴⁷⁸ (CADH) “Art. 68.1. Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

¹⁴⁷⁹ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 2, p. 53-100, 2016. p. 80.

¹⁴⁸⁰ “Assim, no momento em que o Estado resolve se submeter à jurisdição obrigatória de um tribunal internacional, está, também, resolvendo se submeter às decisões por ele emitidas. É o que decorre da expectativa de boa-fé gerada perante a sociedade internacional, bem como do dever de cumprir as obrigações internacionalmente assumidas, conforme a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).” (SOUZA, Nevitton Vieira. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 343-356, 2018. p. 348).

¹⁴⁸¹ (CADH) “Art. 63.2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.” “Art. 68.1. Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.” (grifou-se)

¹⁴⁸² HITTERS, Juan Carlos. El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional. Cláusula Federal). **Estudios constitucionales**, a. 10, n. 2, p. 535-574, 2012. p. 543.

controle de convencionalidade nacional deve ser realizado inclusive em face de decisões judiciais.¹⁴⁸³

O controle de convencionalidade nacional não admite o argumento da separação de poderes como justificativa para descumprimento de condenações internacionais. Não é aceitável o fundamento de que um Poder não pode obrigar outro Poder a efetivar um comando condenatório da Corte IDH.¹⁴⁸⁴ Nas condenações dirigidas ao Estado-parte com fundamento no art. 68.1 da CADH o efeito vinculante da sentença é “direto, completo e absoluto”¹⁴⁸⁵, dirigido a todos os órgãos e poderes do Estado condenado. No SIDH, a doutrina da margem de apreciação nacional sequer encontra a mesma aceitação que em outros sistemas. Para Mac-Gregor, que ostenta postura rígida sobre o tema, diante de uma sentença internacional não há possibilidade de interpretação alguma por parte do Estado condenado, nem mesmo via controle de constitucionalidade interno.¹⁴⁸⁶

Quando há, por exemplo, uma condenação do Estado-parte de revogar um dispositivo legal nacional declarado pela Corte IDH inconveniente, enquanto o Poder Legislativo competente para revogar a lei não cumpre a condenação internacional, é lícito o controle de convencionalidade por agentes públicos. Isso vale também para decisões judiciais dirigidas a Administração Pública e que contrariam uma condenação da Corte IDH, seja por se fundamentarem em norma que a Corte IDH reputou inválida em controle de convencionalidade internacional, seja porque a sentença internacional reputou inválida a própria decisão judicial.¹⁴⁸⁷ Assim, enquanto o órgão jurisdicional competente para reformar

¹⁴⁸³ FRANCO, Fernanda Cristina; PETERKE, Sven. Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 75.

¹⁴⁸⁴ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1173.

¹⁴⁸⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos**. México-DF: Tirant lo Blanch, 2013. p. 653.

¹⁴⁸⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo generador incansable de diálogos**. México-DF: Tirant lo Blanch, 2013. p. 655.

¹⁴⁸⁷ Conforme explica Eduardo Talamini, “o processo internacional pode ter por objetivo mediato ou imediato a revisão ou constatação de nulidade da sentença interna (declarando diretamente a invalidade dessa sentença ou determinando um resultado concretamente inconciliável com o nela estabelecido).” (TALAMINI, Eduardo. O Exame de Sentenças da Jurisdição Brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cadernos da**

uma decisão inconvençional não substitui o comando inválido, é lícito à função administrativa descumprir a decisão judicial que afronta a sentença condenatória diretamente dirigida ao Estado que integra.

Haverá casos, ainda, que o descumprimento de decisão judicial pela função administrativa fundado em inconvençionalidade se dará não enquanto se aguarda a (eventual) reforma judicial via recursal de uma decisão de natureza jurisdicional.

Em virtude do princípio dispositivo do art. 2º do Código de Processo Civil¹⁴⁸⁸, salvo exceções como as hipóteses de remessa necessária¹⁴⁸⁹, não cabe ao Judiciário reformar de ofício uma decisão judicial inconvençional em sede recursal. Caso não haja recurso, o processo judicial transitará em julgado e a decisão, mesmo que inconvençional, terminará imutável. Esses casos levam à hipótese de controle de convencionalidade de decisão judicial que já fez coisa julgada. Cabe perguntar para essa hipótese: pode a função administrativa realizar controle de convencionalidade sobre decisões judiciais transitadas em julgado?

Sustenta-se aqui que não se pode admitir que um tribunal interno ou agentes públicos no exercício da função administrativa filtrem quais condenações da Corte IDH podem ou não ser cumpridas, e em que medida. Tal postura ignora a claridade do art. 63 da CADH que impõe o cumprimento das decisões da Corte IDH, e o art. 27 da CVDT, que não admite a oposição de razões de Direito interno para escusar-se de uma obrigação internacional. Mais do que isso, tal postura cria um desnecessário dualismo que equipara sentenças internacionais a sentenças estrangeiras, simulando a necessidade de um *exequatur* que não se justifica diante da literalidade do art. 63.

Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil, Curitiba, v. 1, n. 6, p. 205-229, jan./dez. 2006. p. 218).

¹⁴⁸⁸ (Código de Processo Civil) “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

¹⁴⁸⁹ (Código de Processo Civil) “Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal. § 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á. § 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária. § 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados; III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público. § 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: I - súmula de tribunal superior; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.”

A parte do art. 63 que obriga o Estado condenado a “reparar as consequências” da violação aos direitos humanos inclui também “deixar sem efeitos” condenações judiciais violadoras de direitos humanos.¹⁴⁹⁰ De maneira que a coisa julgada inconvençãoal não se sobrepõe à declaração de inconvençãoalidade, ainda que pela função administrativa no âmbito de suas competências. A lógica hermenêutica do DIDH indica pela impossibilidade de opor argumentos de ordem interna para descumprir compromissos assumidos pelo próprio Estado perante a ordem externa, o que acontece em favor dos seres humanos.

Desta forma, uma sentença internacional pode afetar a autoridade da coisa julgada que contradiz algum direito humano, que por esta razão deve ser afastada para dar cumprimento a uma condenação internacional.¹⁴⁹¹ Quando toma uma decisão a respeito de uma decisão judicial, a Corte IDH não performa o papel de uma quarta instância. Não reavalia provas e não rejulga o caso. Apenas decide se a decisão é adequada ou não aos direitos humanos convencionais. Esse é seu limite diante da soberania dos Estados e da independência dos Poderes Judiciários nacionais.¹⁴⁹² De maneira que se pode concluir que as sentenças da Corte IDH são um mecanismo de revisão da própria coisa julgada no Direito brasileiro, e apenas decisões judiciais transitadas em julgado antes do reconhecimento da jurisdição da Corte IDH pelo Brasil é que estariam excluídas da revisão por decisão internacional.¹⁴⁹³

Para Juarez Freitas, se a decisão judicial, seja do STF ou não, for “manifesta e teratologicamente equivocada”, pode a Administração Pública motivadamente resistir e descumpri-la. Logo, para Freitas, se ao agente público cabe recusar o cumprimento de ordem manifestamente ilegal, também lhe cabe recusar o cumprimento de ordem manifestamente inconstitucional, seja qual for a sua natureza.¹⁴⁹⁴ Defende-se que os parâmetros de atuação no Estado Convencional de Direito obrigam ir além daquela conclusão, porque possibilitam o descumprimento de decisão inconvençãoal que apesar de não ser manifestamente

¹⁴⁹⁰ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017. p. 128-132.

¹⁴⁹¹ TALAMINI, Eduardo. O Exame de Sentenças da Jurisdição Brasileira pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, v. 1, n. 6, p. 205-229, jan./dez. 2006. p. 217.

¹⁴⁹² “Nem da CADH nem de seus trabalhos preparatórios se depreende a possibilidade de qualquer outra intervenção da Corte IDH na tomada de decisões dos juízes nacionais.” (CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 2, p. 53-100, 2016. p. 77).

¹⁴⁹³ TALAMINI, Eduardo. O Exame de Sentenças da Jurisdição Brasileira pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, v. 1, n. 6, p. 205-229, jan./dez. 2006. p. 219.

¹⁴⁹⁴ FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 229/237.

teratológica, é contrária a sentença internacional definitiva ou medida provisória da Corte IDH.

Em mais de um caso a Corte IDH já reconheceu o afastamento da coisa julgada durante o exercício de controle de convencionalidade. Os casos mais conhecidos são aqueles em que se afasta a coisa julgada de processos absolutórios transitados em julgado quando há violação do devido processo legal, com falta de imparcialidade por exemplo, ou investigação insuficiente, a exemplo dos casos *Almonacid Arellano vs. Chile*,¹⁴⁹⁵ *La Catunta vs. Peru*¹⁴⁹⁶, *Gutiérrez Soler vs. Colômbia*¹⁴⁹⁷ e *Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*.¹⁴⁹⁸ Segundo a Corte IDH, a coisa julgada fraudulenta não opera efeitos segundo os tratados de direitos humanos interpretados pela CADH.¹⁴⁹⁹ Há ainda outros casos em que a Corte IDH condenou Estados a “deixar sem efeitos” decisões judiciais transitadas em julgado. Hitters cita e descreve os Casos *Herrero Ulloa vs. Costa Rica* (2004), *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), *Bueno Alvez vs. Argentina* (2007), *Kimel vs. Argentina* (2008), *Tristán Donoso vs. Panamá* (2009). Casos esses em que os Estados cumpriram com o comando da condenação internacional.¹⁵⁰⁰

Na função jurisdicional, em um processo judicial, quando uma condenação internacional afeta uma decisão transitada em julgado, ela deve ser esvaziada de efeitos. Para isso, sequer um procedimento específico é necessário, pois o efeito de ditas sentenças internacionais que impactam em decisões judiciais é anulatório. Sequer há que se falar em ação rescisória, uma vez que a invalidação da coisa julgada é automática.¹⁵⁰¹ Eduardo Talamini, com razão, apenas defende que nos casos em que o desfazimento da coisa julgada afetar pessoas que não participaram do processo internacional perante a Corte IDH um procedimento interno prévio à efetivação das consequências que a invalidação provocará é requisito imposto pelo direito ao contraditório.¹⁵⁰² Isto é, nos processos em que a coisa julgada invalidada envolve entes públicos e beneficia a vítima a invalidação é automática;

¹⁴⁹⁵ CORTE IDH. Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentença de 26 set. 2006. § 154.

¹⁴⁹⁶ CORTE IDH. Caso *La Catunta vs. Peru*. Sentença de 29 nov. 2006. § 153.

¹⁴⁹⁷ CORTE IDH. Caso *Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. Sentença de 12 set. 2005. § 98

¹⁴⁹⁸ CORTE IDH. Caso *Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. Sentença de 22 nov. 2004. §§ 131/134.

¹⁴⁹⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 184-185.

¹⁵⁰⁰ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso *Fontevicchia vs. Argentina*). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017. p. 117-123.

¹⁵⁰¹ TALAMINI, Eduardo. O Exame de Sentenças da Jurisdição Brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, v. 1, n. 6, p. 205-229, jan./dez. 2006. p. 219-224.

¹⁵⁰² TALAMINI, Eduardo. O Exame de Sentenças da Jurisdição Brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, v. 1, n. 6, p. 205-229, jan./dez. 2006. p. 220-221.

mas em processos cuja coisa julgada invalidada prejudica terceiros que não o Estado, a procedimentalização via ação judicial para exercício de defesa é o caminho que possibilita “verificar quando, e em que medida, podem ser preservados alguns efeitos da sentença interna. Trata-se apenas de buscar uma solução de equilíbrio entre valores fundamentais.”¹⁵⁰³

Para declaração de inconvenção de decisão judicial em processos administrativos tampouco há um procedimento específico, embora deva ser sempre procedimentalizada a declaração de inconvenção, com a possibilidade de manifestação prévia dos interessados.

Quando a decisão judicial objeto de controle de convencionalidade pela função administrativa foi invalidada pelo controle de convencionalidade internacional, a coisa julgada foi automaticamente invalidada pela Corte IDH, e basta a função administrativa replicar a solução em procedimento administrativo. E quando a decisão judicial objeto de controle não foi invalidada pela Corte IDH, mas parece contrária à sentença condenatória dirigida ao Estado-parte, é imprescindível instruir processo administrativo de declaração de inconvenção a fim de demonstrar, preferencialmente após parecer jurídico de órgão de assessoria, que há uma desconformidade manifesta que deve ser declarada pela própria Administração Pública como inválida.

Um exemplo dessa última hipótese pode ser colhido da condenação sofrida pelo Brasil no Caso Favela Nova Brasília (2017). Na sentença internacional o Brasil foi condenado a várias medidas reparatórias por falhas e falta de investigação por tortura, atos de violência sexual e mortes de 26 pessoas provocadas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro entre 1994 e 1995. Na parte dispositiva da sentença a Corte IDH condenou o Estado-parte, entre outras medidas, a “conduzir eficazmente a investigação em curso sobre os fatos relacionados às mortes ocorridas na incursão de 1994”; a providenciar “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”; a inaugurar “duas placas em memória das vítimas da presente Sentença”; a “publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em todos os estados do país”; ao Estado do Rio de Janeiro para estabelecer “metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial”; a implementar “um programa ou curso permanente e

¹⁵⁰³ Na ação não haverá preservação total da coisa julgada invalidada, pois foi afastada por decisão da Corte IDH. Mas é viável discutir, de acordo com Talamini, os “meios de implementação” e “eventual preservação de alguns dos efeitos da anterior sentença interna em vista de valores fundamentais possivelmente envolvidos (segurança jurídica, razoabilidade, vedação ao excessivo sacrifício, etc).” (TALAMINI, Eduardo. O Exame de Sentenças da Jurisdição Brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, v. 1, n. 6, p. 205-229, jan./dez. 2006. p. 221-224).

obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de atendimento de saúde”; a erradicar nos relatórios de investigação criminal em casos de morte ou lesão provocadas por ação policial o “conceito de ‘oposição’ ou ‘resistência’ à ação policial.” Entre as condenações, está a de conduzir as investigações *a outro órgão* que não a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, cujos membros foram responsáveis pelos crimes.¹⁵⁰⁴

De acordo com a última supervisão de cumprimento de sentença publicada pela Corte IDH¹⁵⁰⁵, nenhuma daquelas medidas foi cumprida até o momento. Somente a publicação da sentença e o reembolso de custas e gastos processuais é que foi totalmente cumprido pelo Estado brasileiro. O descumprimento se dá a despeito do que constou no voto do Ministro Edson Fachin na medida cautelar na ADPF n. 635-RJ, sobre a omissão do Brasil em cumprir a sentença do Caso Favela Nova Brasília, com reconhecimento de que “decisões são vinculantes para o Estado brasileiro, nos termos do art. 68.1 do Pacto de São José da Costa Rica (...).”¹⁵⁰⁶

Nesse contexto, a hipótese apresentada para discussão é de uma eventual decisão judicial do Poder Judiciário brasileiro que afronte algum ponto resolutivo daquela condenação internacional. Por exemplo, que reafirme, em decisão judicial não sujeita a recurso a competência *da Polícia Civil do Rio de Janeiro* para investigar os crimes cometidos por seus próprios membros, posto que é a polícia judiciária competente para investigação dos ilícitos cometidos.

A hipótese é plausível, uma vez que em resposta ao pedido de informações sobre o cumprimento da sentença analisada o Estado-parte reputou de impossível cumprimento o direcionamento de poderes investigatórios plenos a outros órgãos que não a Polícia Civil, como o Ministério Público. Não ao menos até que seja realizada uma reforma no Código de Processo Penal brasileiro, segundo as informações prestadas.¹⁵⁰⁷

¹⁵⁰⁴ CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Sentença de 16 fev. 2017. § 369.

¹⁵⁰⁵ CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença de 25 nov. 2021.

¹⁵⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ADPF n. 635-RJ. Rel. Min. Edson Fachin. Publicada em 05 ago. 2020. p. 22.

¹⁵⁰⁷ “(...) d) entretanto, também assinalou que o Conselho Nacional do Ministério Público considera que, para dar cumprimento a esta garantia de não repetição, requer-se a aprovação, por parte do órgão legislativo, de um projeto de lei que modifique o Código de Processo Penal. Esclareceu que este organismo havia afirmado que, embora ‘o Ministério Público disponha de poder investigatório, nos termos já reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal [...] no Recurso Extraordinário 593.727/MG, não o exerce de forma exclusiva’, mas que esta atuação ‘representa o exercício concreto de uma típica atividade de cooperação, podendo promover a requisição de novos elementos informativos e o acompanhamento de diligências investigatórias – além de outras medidas de colaboração’. Ademais, acrescentou que o Conselho Nacional do Ministério Público havia manifestado que ‘[a] convergência de dois importantes órgãos estatais (a Polícia Judiciária e o Ministério Público) demonstra um

Assim, não é improvável que, provocado, por exemplo pelo Estado do Rio de Janeiro em hipotética ação declaratória ou mesmo em inquérito criminal, o Poder Judiciário fluminense repita as conclusões das informações prestadas à Corte IDH e mantenha a Polícia Civil como órgão condutor das investigações. A decisão administrativa em cumprimento à decisão judicial afrontaria a sentença internacional. Defende-se, no entanto, que a decisão poderia ser descumprida tanto pela Polícia Civil quanto pelo Ministério Público Estadual mediante procedimento de declaração de inconvencionalidade. Assim, poderia *independentemente* de alteração no Código de Processo Penal e *a despeito de eventuais decisões judiciais internas*, em atendimento direto à condenação internacional, recusar o comando judicial. O exemplo é hipotético, e apenas ilustra mais uma possibilidade de descumprimento de decisão judicial por parte de autoridades no exercício da função administrativa.

Nem sempre é fácil identificar quem exatamente é autoridade administrativa com competência para declaração de inconvencionalidade, já que nos dispositivos das sentenças internacionais apenas às vezes a Corte IDH é detalhista, e em várias oportunidades apenas remete à discricionariedade administrativa e se limita “à definição de uma finalidade a cumprir sem identificar exatamente o exercício da competência.”¹⁵⁰⁸ Por essa razão, cabe aos órgãos nacionais a identificação de quem é internamente competente para dar cumprimento à decisão internacional e para, se necessário, declarar a inconvencionalidade de decisão judicial. Apesar disso, sempre que uma decisão judicial é direcionada a algum agente público, será competente para declarar a inconvencionalidade da decisão judicial o agente público a quem direcionada a ordem judicial que reputa inconvencional (desde que motivadamente, por escrito, e preferencialmente mediante consulta aos órgãos de assessoramento jurídico da pessoa jurídica que o agente público integra).

Todas as conclusões também se aplicam às medidas provisórias encaminhadas pela Corte IDH e às medidas provisionais da Comissão IDH, que devem ser cumpridas a revelia de eventuais decisões judiciais internas que as contrariem.

claro alinhamento do Estado ao quanto prescrito [na] sentença [...], demonstrando que ambos os órgãos estão incumbidos da persecução penal e da concernente apuração da verdade, o que permite prevenir e coibir eventuais tentativas de burla aos mandamentos de independência e imparcialidade na apuração de fatos criminosos’; (...).” (CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença de 25 nov. 2021. A.2, § 7).

¹⁵⁰⁸ “Na maioria das vezes a Corte IDH não se refere de maneira concreta à pessoa jurídica da Administração Pública encarregada de concretizar a medida estabelecida. Por isso, compete a cada Estado identificar aquela que deve cumprir com o estabelecido na decisão.” (COVILLA MARTINEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019. p. 20-21).

Por exemplo, se alguma decisão judicial contrariar alguma medida provisória internacional que determine, para alguma unidade prisional, a interrupção de envio de novos detentos à unidade, cabe à autoridade administrativa do respectivo Departamento Penitenciário a quem dirigida a ordem – a Direção da Unidade - declarar inconveniente a ordem judicial e dar pleno atendimento à determinação da Corte IDH.

Seria o caso de hipotética decisão judicial em processo de execução penal ou durante a tramitação de inquérito ou processo penal que determinasse o encaminhamento de condenado ou acusado à Penitenciária Evaristo de Moraes, sediada no Rio de Janeiro-RJ. O local é citado na medida provisória determinada pela Corte IDH no Assunto Pessoas Privadas de Liberdade na Penitenciária Evaristo de Moraes a Respeito do Brasil, de 21 de março de 2023.¹⁵⁰⁹ Na medida provisória determinada com fundamento no art. 63.2 da CADH, o tribunal requereu “ao Estado que adote todas as medidas necessárias para reduzir os níveis de superpopulação e erradicar a superlotação na Penitenciária Evaristo de Moraes”. Portanto, é inconveniente qualquer decisão judicial que determine a continuidade de ingresso de novos detentos ou encarcerados preventivamente àquela penitenciária, e assim deve ser declarada pela autoridade penitenciária responsável pelo recebimento dos ingressos a fim de legitimar o descumprimento de ordem judicial interna.

O dever de toda Administração Pública de todos os entes federativos de dar cumprimento às condenações da Corte IDH, recusando-se a cumprir decisão judicial inconveniente se necessário for, se justifica ainda para evitar, em certas hipóteses, a intervenção federal. O descumprimento reiterado e grave de uma sentença condenatória da Corte IDH por um ente federado pode gerar intervenção federal,¹⁵¹⁰ na forma art. 34, VI e VII, “b” da Constituição.¹⁵¹¹ Se um Estado federado deixa, por qualquer de seus poderes ou funções, de dar cumprimento à condenação internacional na parte que lhe cabe, para prover a execução de decisão judicial e para assegurar os direitos da pessoa humana como determinado por tribunal internacional de direitos humanos, cabe em tese a intervenção federal, de maneira que o controle de convencionalidade nacional a ser exercido pela Administração Pública em face de decisões judiciais internas é ainda modo de evitar a intervenção, a qual independentemente do motivo é sempre uma grave ruptura do princípio federativo.

¹⁵⁰⁹ CORTE IDH. Assunto Pessoas Privadas de Liberdade na Penitenciária Evaristo de Moraes a Respeito do Brasil. Medida Provisória de 21 mar. 2023.

¹⁵¹⁰ HITTERS, Juan Carlos. El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional. Cláusula Federal). *Estudios constitucionales*, a. 10, n. 2, p. 535-574, 2012. p. 572.

¹⁵¹¹ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana;”

É importante registrar novamente que a defesa da declaração de inconvenção de decisão judicial pela função administrativa não corresponde à defesa do fim do sistema de controle judicial de leis e atos administrativos. Ao contrário, ela corresponde à busca de harmonização da função jurisdicional com os comandos emanados de corte internacional de reconhecida competência pelo Brasil e à busca da criação de “ideias reguladoras para organizar a prática judicial.”¹⁵¹²

Como já indicado anteriormente, enquanto a regulação da técnica não existir, é salutar que a declaração de inconvenção de decisão judicial pela função administrativa em face de decisão judicial que afronta decisão internacional seja antecedida de parecer do órgão de representação jurídica e de assessoramento da autoridade decisória. O parecer, a ser exarado em prazo expedito, tem a finalidade de subsidiar juridicamente a motivação da declaração de inconvenção de decisão judicial e de proteger a autoridade administrativa de futura responsabilização. Todavia, defende-se o que parecer, embora recomendado, não é obrigatório, podendo a autoridade administrativa com competência decisória nos casos de identificação de contradição da decisão judicial interna com a sentença internacional *motivadamente* declarar a inconvenção de decisão judicial em procedimento administrativo.

Não se ignora, apesar dessa defesa, que o Poder Judiciário não fará autocontenção a partir de propostas acadêmicas, nem se filiará a entendimentos que, por teorias, reduzam seu enorme poder. De forma que são necessárias e ideais, para dar pleno atendimento aos tratados de direitos humanos e respeito às competências da Corte IDH, reformas institucionais favorecedoras do diálogo entre cortes¹⁵¹³, Poderes e entre Poderes e o povo.¹⁵¹⁴ O exercício da técnica é mecanismo de articulação e coordenação interinstitucional¹⁵¹⁵, e significa uma contenção da noção clássica de revisão judicial final e definitiva que pode contribuir para uma perspectiva democratizante do próprio Poder Judiciário. Portanto, a regulação da técnica do

¹⁵¹² GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, n. 28, p. 9-32, jul./dez. 2006. p. 28.

¹⁵¹³ O fio condutor do diálogo, segundo Borges e Piovesan, é o controle de convencionalidade. Cf. BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez., de 2019. p. 12.

¹⁵¹⁴ GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, n. 28, p. 9-32, jul./dez. 2006. p. 29-30.

¹⁵¹⁵ Entre as diretrizes básicas para implementação das decisões do SIDH, Piovesan e Borges listam a seguinte: “(...) fomentar espaços de diálogo visando a articulação e a coordenação interinstitucional entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e, se for o caso, no âmbito federativo, para o cumprimento das decisões internacionais.” (PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. Mecanismos nacionais de implementação das decisões do sistema interamericano. **Revista de Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 81, p. 191-212, jul./dez. 2022).

controle de convencionalidade de decisões judiciais pela função administrativa, nesse sentido, deve estar inserida na agenda de debates institucionais.

3.2.2. Controle de convencionalidade de atos administrativos

Os atos administrativos podem ser classificados em tantos tipos quantos critérios possíveis. Decisões administrativas dirigidas a um destinatário certo ou a uma generalidade,¹⁵¹⁶ pareceres jurídicos, atos administrativos normativos concretos ou abstratos, e mesmo atos materiais produzidos por autoridades administrativas podem ser classificados como atos administrativos enquadrados como práticas sujeitas a controle de convencionalidade nacional pela função administrativa.

O controle interno e externo da Administração Pública pela própria função administrativa é por si só técnica de satisfação de direitos humanos, seja para prevenir violações, seja para organizar operacionalmente o cumprimento das obrigações internacionais por parte do Poder Público. Embora a Lei n. 10.180/2001 regulamente no plano federal um sistema de controle interno, seu foco junto com a Lei n. 4.320/1964, a Lei Complementar n. 101/2000 e Decreto n. 2.829/1998 é a fiscalização fiscal, orçamentária e operacional dos recursos públicos empregados nas políticas públicas.¹⁵¹⁷ A regulação federal, muitas vezes espelhada nos demais níveis federativos, é demonstrativa de como se desconsidera em grande parte que o Brasil carece de um sistema de controle cujo fim também deve ser de “aperfeiçoamento e aprendizado institucional para melhoria das políticas públicas de modo que isso inclusive reste atestado por indicadores de progressividade em matéria de direitos humanos.”¹⁵¹⁸ Como visto, tampouco há regulação da principal técnica de adequação da atuação estatal àqueles direitos humanos do plano convencional, o controle de convencionalidade.

¹⁵¹⁶ No Caso *López Mendoza vs. Venezuela* (2011) e Caso *Atala Riffo e Meninas vs. Chile* (2012) foi entendido como objeto de controle também as decisões e interpretações administrativas. (Cf. PALACIOS, David Lovatón. *Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017. p. 1393).

¹⁵¹⁷ GERBER, Konstantin; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle interno do Poder Executivo e as parcerias sociais: quando os direitos humanos dependem da gestão pública. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JR., Nelson (Coord.). *Crise dos Poderes da República*: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1090.

¹⁵¹⁸ GERBER, Konstantin; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle interno do Poder Executivo e as parcerias sociais: quando os direitos humanos dependem da gestão pública. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JR., Nelson (Coord.). *Crise dos Poderes da República*: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1086.

Tão mais importante é essa conclusão quando se constata que o dever de adaptar a normativa interna às normas de direitos humanos de tratados vai desde a Constituição até os atos administrativos.¹⁵¹⁹ Nesse ponto, o controle de convencionalidade é impositivo à Administração Pública “tanto na criação e expedição, na interpretação e aplicação ou execução dos atos jurídicos de origem nacional – sejam de conteúdo normativo (gerais) ou sejam de resolução de situações concretas (individuais) –, com o objetivo de verificar sua compatibilidade com os padrões de proteção e garantia dos direitos humanos contidos no bloco de convencionalidade.”¹⁵²⁰

Assim, logo no processo de criação de atos administrativos o lugar do controle de convencionalidade está na verificação antecedente à publicação do ato acerca de sua adequação aos tratados de direitos humanos. Nas situações em que as autoridades responsáveis pela expedição do ato administrativo (geral ou individual) identificarem uma desconformidade, deverão se abster de prosseguir com a edição do ato por constatada inconveniência. Trata-se de um controle preventivo de convencionalidade.

Já por ocasião da interpretação e aplicação de atos administrativos já publicados (vigentes ou não), assim como quando o objeto controlado é uma lei, o controle de convencionalidade deve acontecer primeiro por interpretação convencionalmente adequada e, como última alternativa, por afastamento da norma incompatível com a norma convencional, com efeitos a princípio exclusivos para o caso concreto.

Novamente aqui, é possível que haja invalidação *erga omnes* de atos administrativos declarados inconvenientes quando a autoridade competente para edição de atos administrativos com efeitos gerais e abstratos concluir pela anulação do ato com efeitos gerais. Quando o órgão com competência invalidadora é colegiado, não há necessidade de maioria absoluta para declaração de inconveniência. Ou seja, até que haja regulação em contrário, não cabe fazer qualquer analogia restritiva com a cláusula de reserva de plenário para declaração judicial de inconstitucionalidade,¹⁵²¹ sob pena de admitir-se uma analogia

¹⁵¹⁹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 338.

¹⁵²⁰ HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad y la Administración Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 653.

¹⁵²¹ Em vista da inexistência de norma expressa nesse sentido, não se aplica a cláusula de reserva de plenário do art. 97 da CF para controle de convencionalidade sequer para órgãos fracionários de Tribunais. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 215; GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário**: da

prejudicial ao patamar mais protetivo dos direitos humanos (em ignorância do princípio *pro persona*).

No que diz respeito aos atos administrativos concretos, sustenta-se no modelo proposto que qualquer agente com competência decisória pode invalidá-los, seja ou não integrante da mesma estrutura organizacional hierárquica de onde provém o ato inquinado. Esse controle pode acontecer desde que o agente competente identifique motivadamente incompatibilidade com os tratados de direitos humanos.

Um exemplo do exposto pode ser encontrado a partir da legislação que regula o processo licitatório. Em processos licitatórios a legislação determina o dever do agente de contratação, o pregoeiro, a comissão de licitação ou a autoridade competente de desclassificarem propostas apresentadas por licitantes que não tiverem sua exequibilidade demonstrada.¹⁵²² A mesma Lei 14.133/21 que assim prevê permite à Administração Pública a possibilidade de realizar diligências para aferir a exequibilidade de propostas de que desconfia serem inexequíveis, por exemplo por meio de abertura de prazo aos licitantes para comprovação pertinente.¹⁵²³

As diligências que a Administração pode iniciar implicam em concessão de prazo para apresentação de documentação pelos licitantes, mas a legislação (federal ao menos) não prevê um prazo certo para essas diligências. Fica a cargo do agente público competente, no âmbito de sua discricionariedade administrativa, conceder prazo para apresentação de documentação.

Não é incomum o agente de contratação, por exemplo, conceder prazo muito curto para apresentação de documentação cujo acesso e apresentação pelos licitantes não é simples. Seria a hipótese da concessão do prazo curto de 24 horas para obtenção, preparação e apresentação de documentação em posse de terceiros e que seja necessária à prova da exequibilidade da proposta (por vezes para objetos complexos e de alto vulto). Esse prazo, no entanto, não é razoável, e por isso é inconveniente por afronta ao art. 8.2. “c” da CADH.¹⁵²⁴

hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018. p. 142).

¹⁵²² (Lei n. 14.133/21) “Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que: IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração.”

¹⁵²³ (Lei n. 14.133/21) “Art. 59. (...) § 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do caput deste artigo.”

¹⁵²⁴ (CADH) “Art. 8. Garantias Judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa.”

Prazos exíguos são inconventionais¹⁵²⁵, e devem as autoridades administrativas com competência decisória invalidar algum ato administrativo precedente que concedeu prazo inconveniente aos licitantes. Defende-se no modelo proposto que há um dever de controle de convencionalidade de ato administrativo por parte de todas as autoridades envolvidas na cadeia decisória do processo licitatório. Não apenas ao agente de contratação que decidiu pelo prazo exíguo cabe a declaração de inconveniente de seu ato, tampouco só à autoridade superior ao agente de contratação. Esse dever compete a qualquer autoridade que tenha competência decisória no processo licitatório, de maior ou menor hierarquia.

O juízo de conformidade não é realizado nessa hipótese em relação à Lei n. 14.133/21 (Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas), que prevê norma válida no art. 59, § 1º. O juízo de conformidade é realizado em relação *ao ato administrativo* inserido no processo administrativo licitatório, via técnica de controle de convencionalidade, de ofício ou por provocação. Como visto no capítulo anterior, os recursos e técnicas de avocação ficam preservados, bem como o controle judicial da decisão de inconveniente.

Similar exemplo de declaração de inconveniente de ato administrativo está nos casos em que um edital, de licitação ou concurso público, por exemplo, prevê norma proibitiva da interposição de recursos administrativos.

Como já apontado, esse seria o caso de uma contrariedade insanável por interpretação convencionalmente adequada, já que a norma proibitiva é conclusiva a respeito da vedação da interposição de recursos. Ou seja, não há margem para interpretação de norma cujos limites textuais são claros a respeito da proibição de interpor recursos. O que contraria, no exemplo, o direito humano ao duplo grau de julgamento (recurso em sentido estrito), previsto no art. 8.2, “h” da CADH.¹⁵²⁶ Aliás, em processos administrativos que envolvem contratação pública, também haveria contrariedade ao art. 9.1, “d” da Convenção de Mérida (Convenção da ONU contra a Corrupção), que prevê o dever dos Estados de adotar mecanismo eficaz de controle interno que preveja *recursos* administrativos.¹⁵²⁷

¹⁵²⁵ Gordillo expõe entendimento análogo diante da norma do art. III, inc. 5 da Convenção Interamericana contra a Corrupção e arts. 7, 9 e 10 da Convenção da ONU contra a Corrupção, mas a respeito de contratações públicas sigilosas ou resultem em preços irrazoáveis aos usuários finais do objeto contratado. (Cf. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017. p. VI-17-VI-18).

¹⁵²⁶ (CADH) “Artigo 8. Garantias Judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”

¹⁵²⁷ (Convenção de Mérida) “Artigo 9. Contratação pública e gestão da fazenda pública. 1. Cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, adotará as medidas necessárias para estabelecer sistemas apropriados de contratação pública, baseados na transparência, na competência e em

O recurso administrativo oportuniza nova decisão, desestimula as contratações ineficazes e corruptas, e estimula a propagação dos acertos e da jurisprudência administrativa sobre determinada matéria. Assim, editais com cláusula de irrecorribilidade são inconventionais. Como também são inconventionais os atos administrativos normativos que determinem normas gerais de irrecorribilidade, a exemplo do art. 70, § 1º da Resolução n. 75/2009 do CNJ sobre a decisões em provas orais de concurso público para magistratura.

Nesse exemplo, o dispositivo prevê no capítulo IX (“Dos Recursos”) uma regra geral de interposição de recursos contra atos decisórios no prazo de 2 (dois) dias. Mas excepciona a regra geral para as notas atribuídas à prova oral, na medida em que prevê no parágrafo primeiro que “É irretratável em sede recursal a nota atribuída na prova oral.”¹⁵²⁸ Não há, porém, qualquer justificativa razoável para excepcionar o recurso em face das notas da prova oral, justamente as que mais propiciam subjetividade na correção, imediatismo na análise, ilegalidades, direcionamento e perseguições. A previsão na resolução do CNJ, por contrariedade ao direito humano ao recurso administrativo, deve ser afastada por inconveniência por qualquer autoridade pública com competência decisória em concursos, a exemplo da comissão avaliadora ou do presidente da Comissão de Concurso, de ofício ou quando provocados por candidato(a) prejudicado(a) em grau recursal.¹⁵²⁹

O controle de convencionalidade de atos administrativos normativos também pode ser realizada no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. Seria o caso da inconveniência identificada no Regulamento Disciplinar do Exército, que segundo o modelo proposto deve ser declarada pelas próprias autoridades militares, a despeito de sua menor hierarquia em relação à Presidência da República que editou aquele regulamento via Decreto Executivo n. 4.346/2002.

A Lei n. 6.880/1980 normatiza o Estatuto do Exército. Seu artigo 47 remete ao Regulamento do Exército as transgressões disciplinares que podem levar a prisão. Nessa linha, o Regulamento Disciplinar do Exército foi publicado pelo Decreto Executivo n.

critérios objetivos de adoção de decisões, que sejam eficazes, entre outras coisas, para prevenir a corrupção. Esses sistemas, em cuja aplicação se poderá ter em conta valores mínimos apropriados, deverão abordar, entre outras coisas: (...) d) Um mecanismo eficaz de exame interno, incluindo um sistema eficaz de apelação, para garantir recursos e soluções legais no caso de não se respeitarem as regras ou os procedimentos estabelecidos conforme o presente parágrafo.”

¹⁵²⁸ (Resolução n. 75/2009) “Art. 70. O candidato poderá interpor recurso, sem efeito suspensivo, no prazo de 2 (dois) dias úteis, contado do dia imediatamente seguinte ao da publicação do ato impugnado. § 1º É irretratável em sede recursal a nota atribuída na prova oral.”

¹⁵²⁹ (Resolução n. 75/2009) “Art. 70 (...) § 2º O recurso será dirigido ao presidente da Comissão de Concurso, nos locais determinados no edital, incumbindo-lhe, em 48 (quarenta e oito) horas, submetê-lo à Comissão de Concurso ou à Comissão Examinadora.”

4.346/2002, um ato administrativo regulamentar. O art. 24, IV e V do Regulamento prevê as penas de detenção e prisão disciplinar de até 30 dias.¹⁵³⁰

Porque afeta à disciplina e hierarquia militar, segundo a corrente jurisprudencial dominante, a prisão por transgressão militar não estaria sequer sujeita a aplicação pelo Judiciário ou ao controle judicial de mérito. Mas como lembra Bastos Netto, o art. 5º, LXI da CF prevê: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, *salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.*” Ou seja, a própria Constituição permite a prisão por transgressão militar disciplinar apenas nos casos definidos *em lei*, o que torna qualquer delegação legislativa ampla, como aquela do art. 47 da Lei n. 6.880/80, inconstitucional ou não recepcionada. Desse modo, o Regulamento do Exército, um decreto executivo, não poderia disciplinar validamente hipóteses de prisão administrativa, pois não é lei formal.¹⁵³¹

Não bastasse a violação de norma constitucional advinda da delegação e o controle de constitucionalidade cabível, a previsão de prisão disciplinar é inconvenção e deveria ser desse modo declarada pelas próprias autoridades militares, no exercício da função administrativa. O art. 30 da CADH, conforme interpretado pela Corte IDH, permite a limitação de direitos humanos (como o direito à liberdade pessoal do art. 7 da CADH) apenas por *lei formal*. A reserva de lei para limitação de direitos fundamentais e humanos é uma garantia de que apenas o legislador eleito e segundo os ditames do processo legislativo regulará as hipóteses restritivas ao exercício dos direitos. Portanto, um decreto do Chefe do Poder Executivo não pode prever hipóteses de prisão, nem mesmo militar, sob pena de inconvenção.¹⁵³²

Sustenta-se, portanto, que autoridade militar responsável pela disciplina, ao identificar transgressão que a princípio estaria sujeita à prisão prevista no Regulamento do Exército, deve deixar de aplicá-la por inconvenção, a pedido ou de ofício. Não o

¹⁵³⁰ (Decreto Executivo n. 4.346/2002) “Art. 24. Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente: I - a advertência; II - o impedimento disciplinar; III - a repreensão; IV - a detenção disciplinar; V - a prisão disciplinar; e VI - o licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.”

¹⁵³¹ BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 103-129, 2016. p. 115.

¹⁵³² BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 103-129, 2016. p. 116-118.

fazendo, cabem recursos administrativos e, sempre, o controle judicial para preservação do direito humano convencional.

Outro exemplo da série de controle sobre atos administrativos parte da regulamentação da Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017). A lei de 2017 humanizou o tema, mas atos administrativos a ela posteriores e que lhe dão concretude não estão isentos de inconveniências. É o exemplo da Portaria n. 340 de 30/06/2020, editada conjuntamente pelo Ministério da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Casa Civil no contexto da pandemia de COVID-19.

Aquela portaria previu a restrição de ingresso de estrangeiros pelas fronteiras por 30 dias, o que consiste num primeiro olhar em proibição legítima diante da crise mundial de saúde pública. No entanto, uma análise cuidadosa da portaria revela que não são legítimas nem convencionais *as sanções* previstas na portaria, quais sejam, a inabilitação de pedido de refúgio, a deportação e a repatriação imediata.

Conforme propuseram Moreira e Silva em artigo científico, a inabilitação para pedido de refúgio viola o Estatuto dos Refugiados (Decreto n. 50.215/1961), que no art. 33.1 prevê que “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.” Se no ápice da pandemia um Estado signatário nega sumariamente o refúgio, deporta ou repatria o estrangeiro pelo simples fato de não ser um nacional, desconsidera a norma do art. 33.1 do tratado colocando em risco a vida daquele ser humano. Silva e Moreira também indicam como violadas pela portaria outras normas de direitos humanos, como art. 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos sobre a livre circulação (com proibição de distinguir estrangeiros de nacionais) e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Decreto 40/1991), que no art. 3º proíbe expulsão, deportação ou extradição quando há risco de tortura.¹⁵³³ Do ponto de vista da CADH, recorte da presente tese, a portaria afronta pelo menos o art. 22.8 sobre o direito de circulação e residência: “Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.”

¹⁵³³ MOREIRA, Thiago Oliveira; SILVA, Tony Robson da. A (in)convencionalidade da regulação migratória brasileira. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 13, n. 2, ago./dez. 2020. p. 8-10.

Do exemplo colhido, permite-se o emprego da técnica de controle de convencionalidade pela autoridade responsável pela deportação e repatrição, o delegado de polícia federal.¹⁵³⁴ Este, ao invés de cumprir a Portaria n. 340/2020, tem o dever de formalizar em processo administrativo a declaração de inconveniência daquele ato administrativo normativo emanado de autoridades a ele superiores (os Ministros de Estado), afastando-o por invalidade diante de tratados internacionais de direitos humanos. O exemplo mostra que desde a óptica dos direitos humanos a presunção de legalidade dos atos administrativos se inverte. Segundo Colantuono, “o ato se presume carente de qualquer presunção, devendo a autoridade estatal alegar fundamentadamente sobre a razoabilidade da medida adotada.”¹⁵³⁵

Sem anulá-la, os exemplos citados colocam em posição de relativização a hierarquia administrativa, já que caberia às autoridades administrativas recusarem a aplicação de normas administrativas editadas pelos seus superiores hierárquicos.

Segundo parte da doutrina, o controle de convencionalidade repressivo por desaplicação de norma administrativa deveria obedecer a hierarquia administrativa. Apenas autoridades do mesmo nível ou de nível maior que a emissora da norma inconveniente é que poderiam inaplicar uma norma administrativa por inconveniência. Para essa parcela dos estudiosos, as autoridades subordinadas deveriam, em situações como as exemplificadas “utilizar os mecanismos internos da administração para articular seu problema.”¹⁵³⁶ Do que seria exemplo algum mecanismo de consulta ou avocação de competência.

Como se nota, não é essa a linha sustentada pelo modelo proposto por essa tese. Defende-se que enquanto não há regulação da técnica de controle de convencionalidade no Brasil, deve prevalecer a máxima extensão da competência invalidadora entre todas as autoridades com competência para decidir. Da óptica da interpretação *pro persona* não poderia uma autoridade de nível inferior aplicar norma que entende inconveniente pelo simples fato de não ser ela a competente para a emissão ou revogação da norma administrativa inquinada. Tal solução entregaria um nível protetivo menor ao destinatário da decisão administrativa. Por essa razão, sustenta-se que cabe a qualquer agente público invalidar norma administrativa incidente em alguma situação concreta, desde que tenha

¹⁵³⁴ (Decreto n. 9.199/2017) “Art. 188. O procedimento que poderá levar à deportação será instaurado pela Polícia Federal.”

¹⁵³⁵ COLANTUONO, Pablo Angel Gutierrez. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010. p. 246.

¹⁵³⁶ SAGUES, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015. p. 147.

competência decisória para o caso.¹⁵³⁷ Desde que haja competência decisória de algum agente, cabe-lhe de ofício parametrizar sua atuação com os direitos humanos convencionais, sob pena de estar agindo contrariamente com o que o Estado do qual é órgão administrativo se comprometeu.

A hierarquia administrativa não é rompida com essa solução, pois caberá à autoridade hierárquica controlar a atuação da autoridade decisória inferior pela via do sistema de controle interno da Administração Pública. Poderá, ainda, o eventual interessado recorrer em face da decisão que declarou a inconveniência, de modo a buscar a reforma do primeiro entendimento emanado do agente público que recusou a aplicação da norma administrativa. A própria Corte IDH em seus precedentes ressalta a importância da observância das normas procedimentais reguladas internamente pelo Estado, a exemplo do que decidiu no caso *Caso Granier e outros vs. Venezuela* ao reputar violado o art. 8 da CADH por descumprimento de regras de competência durante processo de renovação de concessão de rede televisiva.¹⁵³⁸ Regera, ao analisar aquele precedente internacional, entende que a Corte IDH se manifestou sobre a ausência de competência decisória como motivo de nulidade da decisão administrativa.¹⁵³⁹ Assim, frise-se, não é permitido *a qualquer* autoridade indiscriminadamente e em caráter terminativo decidir sobre a (in)conveniência de norma. Para decidir validamente sobre a inconveniência, a autoridade precisa deter competência decisória definida em norma legal/administrativa nacional. Por outro lado, sua decisão sobre a conveniência ou inconveniência de um ato administrativo estará

¹⁵³⁷ USTARIZ, Marthe Robles. NINO, Diana Geraldine Quevedo. El ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades del Estado. Instrumento para la efectiva protección y garantía de los derechos de acceso en materia ambiental. In: PACHÓN, María del Pilar García (Coord.). **Información, participación y justicia Ambiental**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. p. 664.

¹⁵³⁸ “252. Al respecto, la Corte recuerda que en la presente Sentencia se declaró que la finalidad del cierre de los procesos administrativos sobre la transformación de los títulos y la renovación era acallar al medio de comunicación (supra párrs. 198 y 199) y que dicho propósito contraviene las garantías previstas por el artículo 8 de la Convención, pues era necesario que los procedimientos administrativos continuaran para efectos de definir si se aceptaba o no la transformación o renovación de la concesión. Asimismo, la Corte resalta que de haberse seguido dichos procedimientos con apego a la normativa interna y respetando las salvaguardas mínimas que dichas normas establecen, se habría podido evitar la arbitrariedad en la decisión. Por ello, el Tribunal considera que la existencia de dichos procedimientos y que se haya decidido no aplicarlos es justamente un efecto más de la finalidad real e ilegítima que ya fue declarada en la presente Sentencia (supra párrs. 198 y 199). 253. Por todo lo anterior, la Corte concluye que en la ley estaba dispuesto un debido proceso para la transformación de los títulos y para la renovación de la concesión y el seguimiento del mismo fue deliberadamente omitido por el Estado, vulnerando con ello las garantías judiciales previstas en el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Marcel Granier, Peter Bottome, Jaime Nestares, Jean Nestares, Fernando Nestares, Alicia Phelps de Tovar y Francisco J. Nestares. Teniendo en cuenta que no se siguieron los procedimientos establecidos en la ley, la Corte no encuentra necesario pronunciarse en forma particular en este caso sobre las demás alegadas violaciones relacionadas con el derecho a ser oído, a presentar pruebas, al acceso al expediente administrativo o a la independencia de la entidad encargada de adjudicar o renovar la concesión.” (CORTE IDH. *Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisão) vs. Venezuela*. Sentença de 22 jun. 2015).

¹⁵³⁹ REGUEIRA, Enrique Alonso. **El control de convencionalidad de la actividad administrativa**. Buenos Aires: Lajouane, 2017. p. 289.

sempre sujeita a reforma pela autoridade superior, o que relativiza, mas ao mesmo tempo mantém o sistema hierarquizado de decisões e competências administrativas.

Na linha do exemplo acima descrito, em caso de declaração de inconveniência da Portaria n. 340/2020 por delegado de polícia, poderá o Ministro da Justiça e Segurança Pública, autoridade superior¹⁵⁴⁰, reformar a primeira decisão motivadamente. O benefício do procedimento defendido é a pulverização da questão da inconveniência entre os órgãos da Administração Pública, obrigando-os mesmo quando reformem a decisão inicial de inconveniência a superar o ônus argumentativo necessário à derrubada da decisão da autoridade de nível inferior. Por outro lado, destaca-se novamente, a primeira decisão e mesmo a decisão reformadora da autoridade hierárquica estará sempre sujeita a controle judicial pela parte que se sentir prejudicada, o que permite, no exemplo, o estrangeiro que teve seu refúgio negado com base em ato administrativo inconveniente buscar o correlativo remédio judicial em face da decisão do delegado ou do Ministro da Justiça e Segurança Pública.

Já se defendeu acima que a declaração de inconveniência deve se dar por escrito, formalizada em ato administrativo inserido em procedimento ou processo administrativo. Esse requisito garante a motivação do ato que recusa a aplicação de uma norma ou prática de um ato administrativo que se reputa inconveniente, e garante ainda a condução transparente, de boa-fé e com maior segurança jurídica da função administrativa.

Haverá casos, entretanto, que o agente público em razão do contexto não pode de pronto formalizar por escrito a sua recusa de aplicação de norma ou realização de ato material que entende inconveniente. Nessa hipótese, é legítima a recusa por ato material ou verbal, com posterior formalização.¹⁵⁴¹

A declaração de inconveniência de atos administrativos pode ser dar em relação a quaisquer atos com natureza administrativa, inclusive aqueles oriundos de órgãos de controle, como é o caso dos Tribunais de Contas.

¹⁵⁴⁰ (Medida Provisória n. 1.154/2023) “Art. 35. Constituem áreas de competência do Ministério da Justiça e Segurança Pública: (...) VII - nacionalidade, migrações e refúgio; (...) XIII - aqueles previstos no § 1º do art. 144 da Constituição, por meio da Polícia Federal;”

¹⁵⁴¹ Flávio Garcia Cabral sustenta essa solução para as cautelares administrativas: “Dessa maneira, pense-se no caso de um agente ambiental que se depara com uma extração ilegal de madeira prestes a acontecer. Ainda que talvez não esteja em posse dos formulários corretos para a lavratura de um ato formal de apreensão cautelar do material, ou mesmo interdição do local, poderá materialmente adotar os meios hábeis a impedir esse ilícito que geraria danos ao meio ambiente (por meio de ordem verbal de cessação e/ou da apreensão fática de instrumentos como machados, motosserras, etc., ainda que esses atos sejam desprovidos do devido termo formalizado naquele momento).” (CABRAL, Flávio Garcia Cabral. **Medidas cautelares administrativas**: regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 70).

Um exemplo pretende dar conta do sobredito, e se reporta ao processo licitatório para a concessão de serviços dos Parques Nacionais Aparados da Serra e Serra Geral, no Estado de Santa Catarina. Naquele procedimento administrativo TC n. 011.535/2020-2, o TCU analisou o cumprimento dos requisitos para desestatização do parque nacional.¹⁵⁴² Ao sugerir uma série de medidas para viabilizar a concessão da área natural à iniciativa privada, em nenhum momento o TCU mencionou a necessária consulta prévia das comunidades quilombolas da região catarinense, entre elas a Comunidade São Roque, que será afetada e não foi consultada.

A Procuradoria da República oficiou o TCU para que considerasse no plano de desestatização e de concessão pública a Convenção n. 169 da OIT¹⁵⁴³, que determina como direito coletivo das comunidades tradicionais afetadas por qualquer empreendimento ou projeto infraestrutural a consulta livre, prévia e de boa-fé.¹⁵⁴⁴ O direito está previsto no art. 6º da Convenção n. 169 da OIT¹⁵⁴⁵ sobre Povos Indígenas e Tribais, aplicável em favor das comunidades quilombolas por definição doutrinária¹⁵⁴⁶ e pela definição de povos e

¹⁵⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. TC 011.535/2020-2. Acórdão n. 2267/2021-Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 22 set. 2021.

¹⁵⁴³ Tratados aprovados no âmbito da OIT se amoldam no conceito da Convenção de Viena, e são autênticos tratados de direitos humanos haja vista identificarem em suas normas direitos sociais de ordem inescusável à sobrevivência das pessoas na ordem jurídico e socioeconômica: o direito ao trabalho digno. São por isso tratados com hierarquia supralegal e que servem de parâmetro para controle de convencionalidade (CORDEIRO, Wolney de Macedo. O controle de convencionalidade e a reforma trabalhista: adequação da Lei nº 13.467, de 13.07.2017 aos padrões regulatórios da Organização Internacional do Trabalho. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018. p. 391-392).

¹⁵⁴⁴ O Ministério Público Federal além de provocar o TCU sobre o direito à consulta prévia, solicitou que o Tribunal considerasse a necessidade de ser realizado estudo antropológico a fim de verificar a influência que a concessão de serviços trará aos povos tradicionais.

¹⁵⁴⁵ (Decreto 10.088/2019 – Anexo 72). “Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.”

¹⁵⁴⁶ Considera-se para fins da Convenção como povos indígenas ou tribais um contingente muito amplo de comunidades. Conforme leciona Deborah Duprat, a definição “é bastante aberta, contentando-se com um único vetor: organização social, cultural, econômica e política que os distinga, total ou parcialmente, de outros setores da sociedade envolvente.” Envolve, por isso, “comunidades de fundo de pasto, quilombolas, faxinais, pescadores, seringueiros, ciganos, indígenas, caiçaras, quebradeiras de coco de babaçu.” (DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada. P. 167-191. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. 2. Ed. Salvador: Jus Podium, 2020. p. 167-191. p. 176-179).

comunidades tradicionais contida no Decreto n. 6040/2007.¹⁵⁴⁷ Tal direito também é reconhecido no plano do SIDH.

No Caso Saramaka vs. Suriname a Corte IDH entendeu que como corolário do direito de propriedade comunal das comunidades¹⁵⁴⁸, quando diante de projetos de investimento em territórios tradicionais, não basta só consultar *pro forma* as comunidades ao interferir em seus territórios, com projetos, construções ou intervenções de qualquer tipo.¹⁵⁴⁹ O consentimento como requisito de validade da intervenção estatal deve ser livre, prévio e informado e estar acompanhado de autorização. Não basta a mera consulta.¹⁵⁵⁰

Nenhuma obra ou intervenção pode iniciar antes da disponibilização de todos os dados técnicos necessárias ao conhecimento total dos impactos que serão gerados na comunidade. Os critérios convencionais para uma consulta válida são que ela seja prévia, bem informada, ou seja, de boa-fé, e culturalmente situada. E cada vez que um novo bloco de informações seja agregado a um processo de consulta é obrigatória a renovação da consulta prévia,¹⁵⁵¹ sob pena de inconveniência.

¹⁵⁴⁷ (Decreto n. 6.040/2007) “Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por: I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;”

¹⁵⁴⁸ Via técnica de combinação intraconvencional ou interconvencional a Corte IDH também cria direitos. No Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname (2008) a Corte se utilizou da técnica da *combinação intraconvencional* para unir os arts. 1.1 e 2 da CADH com o art. 21 e justificar o direito à consulta livre prévia, livre e informada às comunidades indígenas. (BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014. p. 126-127).

¹⁵⁴⁹ “133. Primero, la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (*supra* párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones. 134. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre ‘consulta’ y ‘consentimiento’ en este contexto requiere de mayor análisis.” (CORTE IDH. Caso Saramaka vs. Suriname. Sentença de 28 nov. 2007. §§ 133-134).

¹⁵⁵⁰ HUERTA, Mauricio Iván de Toro. El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. X, p. 49-93, 2010. p. 80/88.

¹⁵⁵¹ DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada. P. 167-191. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte**

Apesar da provocação do MPF, todos os direitos convencionais daquela comunidade foram ignorados pelo TCU, dolosamente. A resposta do TCU naqueles autos veio em forma do Acórdão n. 2.267/2021-Plenário, em que se declarou que, de fato, o direito humano de consulta não havia sido considerado, o que de resto teria sido inviabilizado em função da intempestividade da solicitação do Ministério Público Federal e da conclusão da análise da concessão pelo TCU.¹⁵⁵² Em desvio do seu dever, o TCU deixou de realizar o necessário controle de convencionalidade sob o fundamento da preclusão.

No entanto, para o exercício do controle de convencionalidade não há prazo. Deveria o Plenário do TCU ao receber a provocação do MPF iniciar o processo de instrução e declaração de inconveniência do acórdão precedente que havia aprovado a concessão do parque. Se a concessão foi aprovada sem respeito ao direito convencional reconhecido no art. 6º da Convenção n. 169 da OIT e arts. 1.1, 2 e 21 da CADH, a aprovação foi inconveniente, e assim devia ser declarada pelo tribunal. Cabe-lhe, como órgão de controle dotado de competências administrativas, invalidar suas próprias manifestações eivadas de inconveniência.

Não tendo realizado a declaração de inconveniência, é possível que o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), autarquia federal responsável pela concessão, realize por si só o controle e declare inconveniente o acórdão do TCU que permitiu a desestatização. Trata-se, essa segunda hipótese, de controle de convencionalidade nacional de ato administrativo pelo ICMBio em face de acórdão do TCU, cujos efeitos não poderão operar contra a autarquia até que seja realizada a consulta à comunidade quilombola

Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. 2. Ed. Salvador: Jus Podium, 2020. p. 167-191. p. 181-183.

¹⁵⁵² “ACÓRDÃO Nº 2267/2021 – TCU – Plenário. Estes autos de desestatização foram julgados, no mérito, pelo TCU, na sessão de 16/9/2020, por meio do Acórdão 2.472/2020-TCU-Plenário. Antes, portanto, da chegada da solicitação do MPF a esta Corte, em 30/11/2020. Naquela oportunidade, o TCU expediu determinações e recomendações ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), ao ICMBio e à Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos (SPPI). Estes autos encontram-se em fase de monitoramento das determinações e recomendações emitidas. De fato, a documentação analisada pelo Tribunal, incluindo todos os anexos, não contém a avaliação dos efeitos que a concessão poderia gerar na comunidade quilombola São Roque. Porém, uma vez concluído o trabalho do Tribunal por meio da expedição do referido acórdão, é intempestiva a solicitação para que sejam levados em conta os pedidos expostos na ACP ajuizada pelo MPF no âmbito da análise do projeto de concessão. Nego, portanto, provimento ao requerimento apresentado pelo MPF no sentido de considerar os pedidos expostos na ACP 5004871-57.2020.4.04.7204/SC, tendo em vista que o Tribunal já concluiu a análise da concessão do Parque Nacional de Aparados da Serra e Serra Geral com a expedição do Acórdão 2472/2020-TCU-Plenário. (...) 22 de setembro de 2021”. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. TC 011.535/2020-2. Acórdão n. 2267/2021-Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 22 set. 2021).

de São Roque¹⁵⁵³, segundo o modelo mais adequado à plena informação dos membros da comunidade.¹⁵⁵⁴

A solução proposta pelo modelo de controle de convencionalidade nacional está acompanhada de impactos reais. A violação sistemática ao direito de consulta das comunidades tradicionais foi inclusive objeto de destaque do último relatório da Comissão IDH sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, publicada em 2021 e em que constou a recomendação ao Estado-parte da CADH para “Adotar as medidas legislativas, administrativas ou outras necessárias para aplicar, dentro de um prazo razoável, à consulta para obter o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas e comunidades tribais quilombolas sobre políticas, projetos e ações, incluindo projetos de aproveitamento de recursos naturais que os impactem, de acordo com os padrões internacionais de direitos humanos e com a plena participação dos povos e comunidades.”¹⁵⁵⁵

Por fim, cita-se um exemplo hipotético de controle de convencionalidade para atos administrativos materiais, que envolve o direito à vida previsto no art. 4.5 da CADH. O dispositivo proíbe a pena de morte a mulher grávida,¹⁵⁵⁶ o que na ordem jurídica brasileira deve ser contraposto a autoridade civil ou militar competente para execução da excepcional pena de morte prevista no art. 5º, XLVII da Constituição.¹⁵⁵⁷

¹⁵⁵³ Quanto aos efeitos, Duprat entende que nem deve prevalecer a interpretação de que a comunidade tradicional tem a última palavra, nem que a consulta é apenas mera formalidade. Segundo a autora, “numa sociedade plural, nenhum grupo pode ter o domínio absoluto das decisões que escapam ao seu exclusivo interesse.” Ela parte do Caso Saramaka decidido pela Corte IDH para distinguir consulta de consentimento para defender que o consentimento é imprescindível quando a obra acarretar na perda do território ou comprometer a subsistência da comunidade. Se a intervenção tem o potencial de gerar a extinção do grupo, depende do consentimento (com eventual reassentamento). Nos demais casos, prevalece a *consulta* ao invés de consentimento. Sendo a consulta sempre vinculante, porque “eventuais objeções oferecidas pelo grupo devem ser levadas a sério e superadas com razões melhores.” (DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada. P. 167-191. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. 2. Ed. Salvador: Jus Podium, 2020. p. 167-191. p. 185-186).

¹⁵⁵⁴ Segundo Duprat, “não há um modelo único de consulta; ao contrário, ela se desenvolve de acordo com as peculiaridades de cada grupo.” (DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada. P. 167-191. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. 2. Ed. Salvador: Jus Podium, 2020. p. 167-191. p. 183).

¹⁵⁵⁵ Na continuidade do relatório constou também a recomendação de “Revisar os regulamentos relativos à autorização de licenças ambientais, de forma a garantir que o Estado cumpra as obrigações internacionais de consulta aos povos indígenas e quilombolas para obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar medidas que possam afetar seus direitos.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. p. 199. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023).

¹⁵⁵⁶ (CADH) “Art. 4.5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.”

¹⁵⁵⁷ (Constituição Federal) “Art. 5º (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”.

Se em caso de guerra declarada houver comando de pena de morte a mulher grávida, cabe à autoridade competente para execução da pena legitimamente recusar o cumprimento da ordem. Em outras palavras, o ato material de execução não poderá ser executado. A prática estatal executória do comando administrativo estará interdita, por expressa proibição convencional que condiciona o ato autorizado constitucionalmente. A mesma conclusão é válida para penas executórias contrárias à regra limitante do art. 4 da CADH, como é o caso de pena por delitos políticos ou conexos, a pessoas menores de 18 anos ou maiores de 70 na data do cometimento do delito, ou a condenados que solicitaram (ainda que verbalmente e a qualquer tempo) a anistia, o indulto ou o comutamento da pena capital.¹⁵⁵⁸

Em síntese, o controle de convencionalidade nacional em face de atos administrativos, até que seja regulado normativamente, não pode ser restringido à mesma lógica do poder de autotutela administrativa. Não pode ter seu exercício restrito às estruturas hierárquicas administrativas que interditam a anulação e não aplicação apenas às próprias autoridades que emanaram o ato ou às autoridades superiores. A inconvenção é vício grave e que afronta diretamente direitos humanos cancelados pelo Estado como da máxima importância. Sempre que alguma autoridade a quem compete decidir esteja diante de inconvenções, cabe-lhe motivadamente justificar a não aplicação ou descumprimento do ato administrativo.

3.3. O controle de convencionalidade por omissão exercido pela função administrativa

O controle de convencionalidade se dá em relação a atos internos comissivos inconvenientes e *omissivos* inconvenientes.¹⁵⁵⁹ Quando o controle de convencionalidade acontece diante de omissões inconvenientes, abre espaço para uma declaração de inconvenção por omissão, inclusive pela função administrativa. Isso ocorre quando o Estado deixa de cumprir com seu dever de adotar disposições de Direito interno para pleno exercício dos direitos humanos ou quando por inércia não cumpre um comando de sentença condenatória internacional. Essas obrigações estão previstas, respectivamente, no art. 2 e no

¹⁵⁵⁸ (CADH) “Art. 4. Direito à vida. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.”

¹⁵⁵⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 405.

art. 68.1 da CADH.¹⁵⁶⁰ Sempre que o Estado, por meio de seus agentes, deixa de empregar as medidas necessárias à satisfação de direitos humanos com os quais se comprometeu ou foi condenado, incide em inconvenção por omissão.

Na falta de regulação normativa que identifique os seus contornos, esta é a modalidade de mais difícil proposição de modelo para declaração pela função administrativa, porque em regra é vaga e genérica a atribuição que os tratados internacionais conferem à função administrativa para efetivar os direitos humanos.

Por exemplo, é indubitável que em cumprimento do arts. 2 e 5.1 da CADH cabe à função administrativa atuar para garantir a integridade física, psíquica e moral dos seres humanos. Mas nem sempre será evidente a identificação do cenário de omissão inconvenção em relação ao atendimento daquele direito, o que torna difícil o processamento e a identificação do cenário de inconvenção, e igualmente vagos os efeitos da declaração em sede administrativa.

Situação diferente ocorrerá, entretanto, quando o tratado internacional ou alguma sentença internacional dirigir algum comando categórico e circunscrito que se identifique contextualmente certo ou dirigido expressamente a alguma autoridade identificada ou identificável.

Nos subcapítulos abaixo serão indicadas diretrizes para a declaração de inconvenção para cada uma das hipóteses de omissão descritas, ressaltando desde logo a imperatividade de regulação dessa modalidade de declaração de inconvenção para o seu exercício seguro e eficaz.

3.3.1. Declaração de inconvenção por omissão genérica

Os direitos humanos não determinam apenas restrições aos Estados (ainda que essa seja uma determinante fundamental para contenção do arbítrio e do poder, para o que vale o princípio da reserva legal do art. 9 da CADH). Eles impõem obrigações positivas, porque admitem que a norma jurídica, a lei doméstica de acordo com a Constituição e tratados de direitos humanos, são “um canal facilitador de uma gestão eficaz da tarefa de promover e

¹⁵⁶⁰ (CADH) “Art. 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

“Art. 68.1. Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

e elevar a qualidade de vida dos cidadãos.”¹⁵⁶¹ Nesse sentido, os tratados internacionais, entre eles a CADH, impõem obrigações em matéria de direitos humanos aos Estados: (i) obrigação de respeito aos direitos humanos; (ii) obrigação de adotar as medidas necessárias ao cumprimento dos direitos humanos; (iii) obrigações de garantias dos direitos humanos (art. 1.1 e 2 da CADH; art. 2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e art. 2 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, especialmente). O descumprimento desses deveres leva à responsabilidade internacional do Estado, já que tanto ações *ou omissões* violadoras de direitos humanos por parte qualquer agente estatal são imputadas ao Estado que firmou o compromisso internacional.¹⁵⁶²

Sustenta-se que a identificação da situação de omissão que torna necessária alguma medida legislativa ou de outra natureza deve acontecer por meio de declaração de inconveniência, que pode ser manifestada pela função administrativa do Estado.

A inconveniência por omissão genérica fundada no art. 2 da CADH é distinta da declaração abstrata de inconstitucionalidade por omissão. No ordenamento jurídico brasileiro, essa última cabe ao STF (por força do art. 103, § 2º da Constituição) e exige um comando concreto da medida legislativa que o constituinte determinou ao legislador, sob pena de violação da separação dos poderes (art. 2º da Constituição).¹⁵⁶³ Já naquela, a inconveniência por omissão, a declaração daquela situação antijurídica deriva do descumprimento do dever genérico de adotar medidas necessárias à concretização máxima de um direito humano convencional. Não há para ela risco de violação à separação de poderes, porque a obrigação de adotar medidas legislativas ou de qualquer outra natureza para atender algum direito humano convencional dirige-se a todos os Poderes e órgãos de Estado, indistintamente.

Dar cumprimento ao tratado é dever dirigido a todos os órgãos e funções de Estado, de modo que uma omissão inconveniente de editar normas ou agir pode ser verificada genericamente em qualquer função.

¹⁵⁶¹ LÁZARO, María Carmelina Londoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas em el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, a. 43, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. p. 766.

¹⁵⁶² GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La responsabilidad internacional del Estado por omisión en matéria de Derechos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 53, p. 45-74, jul./set., 2013. p. 47-55.

¹⁵⁶³ Bulos refere-se à possibilidade de controle de constitucionalidade abstrato por omissão apenas diante de normas constitucionais de “eficácia limitada”, sendo incabível para normas constitucionais de “eficácias absoluta, plena, contida ou exaurida. Cf. BULOS, Ueadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 342-343.

Por outro lado, a proposta de declaração de inconvenção por omissão não se confunde com a declaração pressuposta em remédios judiciais de correção de omissões, como o mandado de injunção (art. 5º, LXXI da Constituição).¹⁵⁶⁴ A declaração de inconvenção aqui sugerida como modalidade de controle não é regulada, e defende-se que enquanto (e se) isso não acontecer a interpretação que se deve dar à modalidade sugerida é a mais ampla e garantidora possível, de modo que não se restringe à função jurisdicional. Pode a função administrativa ao constatar uma omissão que inviabilize o exercício de direitos humanos atuar para declará-la, e, em alguns casos, atuar para supri-la.

Por essa razão defende-se que a declaração de inconvenção por omissão deve acontecer via técnica de controle de convencionalidade internacional ou nacional. Afinal, o controle de convencionalidade nacional (“interamericano”) significa o “exame de compatibilidade de quaisquer atos ou omissões de um determinado Estado com os tratados internacionais e regionais de direitos humanos e os precedentes fixados pela Corte, realizado por agente público estatal (...)”.¹⁵⁶⁵

Portanto, a modalidade de controle de convencionalidade por declaração de omissão pela função administrativa não acontece sob o mesmo regime da declaração de inconstitucionalidade. E se justifica primordialmente no fato de que “o controle interno preventivo não se personifica apenas na sua dimensão negativa, ou seja, de abstenção da criação ou execução de uma norma inconvenção pelo Legislativo ou Executivo, mas também pelo seu prisma positivo, que impõe um dever de dar concretude às ‘medidas estruturantes’ que possam evitar a violação de direitos humanos previstos nos tratados internacionais firmados pelo Estado.”¹⁵⁶⁶ No SIDH, os Estados-parte da CADH se obrigaram pela regra do art. 2 a legislar e proceder com medidas de qualquer natureza necessárias à efetivação dos direitos convencionais.

A omissão de legislar é de fato a mais comumente lembrada¹⁵⁶⁷, mas a norma convencional abrange “também *não fazeres* de outras autoridades e que nem sequer necessitam de uma mediação legislativa.”¹⁵⁶⁸

¹⁵⁶⁴ (Constituição) “Art. 5º (...) LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

¹⁵⁶⁵ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou suas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 237.

¹⁵⁶⁶ ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021. p. 46.

¹⁵⁶⁷ “(...) quaisquer normas estatais, incluindo as constitucionais e decisões judiciais, estão sujeitas ao controle de convencionalidade doméstico. Desse modo, leis em abstrato e até mesmo omissões legislativas podem ser objeto do citado controle.” (GUERRA, Sidney. Gomes Lund x República Federativa do Brasil: o caso junto à Corte

Segundo Schäfer *et al* isso não seria, necessariamente, controle de convencionalidade, já que não haveria atividade de compatibilização normativa. Discorda-se dos autores nesse ponto, pois se alguma obrigação positiva ao Estado é derivada da CADH, a omissão das funções estatais compreende-se como inércia inconveniente de normas e práticas, o que exige o controle de convencionalidade por omissão para obrigar a produção normativa ou prática da qual derivarão obrigações concretas aos agentes públicos ou efetivação no plano dos fatos daquilo que já estava previsto implicitamente no tratado internacional.

González Moras recorda que no Caso Cinco Pensionistas vs. Peru¹⁵⁶⁹ e no Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá¹⁵⁷⁰ a Corte IDH fez constar na interpretação do art. 2 da CADH a determinação aos Estados de: (i) suprimir normas e práticas que violem os direitos humanos convencionais; (ii) editar normas e desenvolver práticas que levem à efetivação dos direitos humanos convencionais.¹⁵⁷¹ Nos julgados reforçou-se o fundamento para o controle de convencionalidade nacional pela função administrativa em conta do dever de suprimir normas contrárias aos direitos humanos e do dever de editar normas que levem ao cumprimento deles.

Enquanto não houver norma reguladora, defende-se que a todo agente público compete, independentemente de sua hierarquia, declarar inconveniências derivadas de alguma postura omissiva normativa ou de práticas que a CADH determina sejam realizadas. Os limites da competência declaratória do agente devem ser definidos a partir da verificação da impossibilidade de concretização de alguma competência sua em virtude da omissão normativa interna conexa ao tratado de direitos humanos.

Interamericana. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018. p. 313).

¹⁵⁶⁸ SCHÄFER, Gilberto; RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; GOMES, Jesus Tupã Silveira. Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou suas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 225.

¹⁵⁶⁹ “165. En el mismo sentido, el Tribunal ha manifestado que [e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.” (Caso Cinco Pensionistas vs Peru. Sentença 28 fev. 2003).

¹⁵⁷⁰ “180. En el mismo sentido, el Tribunal ha manifestado que [e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.” (Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá. Sentença 02 fev. 2001).

¹⁵⁷¹ GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La responsabilidad internacional del Estado por omisión en matéria de Derechos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 53, p. 45-74, jul./set., 2013. p. 51.

Sobre os efeitos, na teoria do controle jurisdicional de constitucionalidade a doutrina enuncia posições divergentes, que variam desde um mero efeito noticiador da omissão, até um efeito supletivo de substituição da omissão por provimento judicial¹⁵⁷² (como por exemplo acontece no mandado de injunção). No caso do controle de convencionalidade por omissão, já se demonstrou que não se pode espelhar as soluções do controle de constitucionalidade. Defende-se que na pendência de regulação, cabe ao intérprete dar a solução que priorize a satisfação e cumprimento dos direitos enunciados internacionalmente.

Assim, defende-se, na falta de regulação, dois tipos de efeitos de uma declaração de inconveniência por omissão: **(i)** efeito publicizante da inconveniência; **(ii)** efeito supletivo de competência administrativa, constitutivos de uma competência não expressamente prevista no ordenamento jurídico.

3.3.1.1. Efeito publicizante da inconveniência por omissão

Em todo caso que acontecer a declaração de inconveniência por omissão enuncia e publiciza a falha omissiva dos órgãos de Estado, sejam eles legislativos ou executivos.

Esse efeito geral da declaração de inconveniência por omissão formaliza a prova da denúncia no plano interno e internacional de uma inconveniência que impede o exercício individual ou coletivo de um direito humano. A declaração de inconveniência por omissão também protege o agente público que a declarou de responsabilização por negligência no cumprimento de suas funções, pois pode no procedimento de declaração de inconveniência motivar suficientemente a impossibilidade de concreção de suas tarefas e efetivação do direito humano, quando isso depender de alguma normatização ou prática que lhe sejam alheias ou fora do alcance de sua esfera de agir. Seria o caso, por exemplo, de alguma política pública que dependesse de recursos orçamentários para execução.

Por exemplo, o direito à moradia é um direito humano. A Corte IDH na Opinião Consultiva n. 23/2017 manifestou seu parecer em interpretação ao direito à vida e integridade pessoal (arts. 4.1 e 5.1 da CADH) em conexão com o direito ao meio ambiente, que entre os

¹⁵⁷² SAGÜÉS, Maria Sofia. **Diálogo interjurisdiccional**: inconstitucionalidad e inconveniência por omisión. p. 131-186. [s.d.]. p. 158. Disponível em: <https://www.academia.edu/51068787/Di%C3%A1logo_interjurisdiccional_inconstitucionalidad_e_inconveniencia_por_omisi%C3%B3n>.

direitos vulneráveis a danos ambientais está, entre vários, o direito à moradia adequada.¹⁵⁷³ Como fundamento para sua opinião consultiva nesse aspecto, a Corte IDH citou o Comentário Geral n. 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. No Comentário Geral n. 4 (e também no Comentário Geral n. 7) o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU definiu moradia adequada como o “direito de viver em paz, com segurança e dignidade, não podendo ser interpretado como o mero fato de a pessoa ter um teto sobre a sua cabeça.”¹⁵⁷⁴

A moradia *adequada* é um direito humano previsto no art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e art. 11, §1º do Protocolo Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que “ultrapassa seu aspecto físico de local de abrigo e repouso, alcançando os ambientes físico e psicológico, que possibilitem o desenvolvimento e as necessidades básicas do ser.”¹⁵⁷⁵

O direito à moradia adequada integra dimensões econômicas, sociais e ambientais. Nele se compreende que as “pessoas devem gozar de certo grau de segurança relativa à posse que assegure sua proteção legal em face de turbações, expulsões, expropriações, desalojamentos e remoções forçadas.”¹⁵⁷⁶ Os direitos humanos civis e políticos existem em relação de interdependência com os direitos econômicos, sociais e culturais. Ramírez lembra

¹⁵⁷³ “65. Diversos organismos de derechos humanos han analizado temas relativos al medio ambiente en relación con diferentes derechos particularmente vulnerables. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha introducido la protección del medio ambiente a través de la garantía de otros derechos, tales como los derechos a la vida, al respeto a la vida privada y familiar y a la propiedad (supra párr. 50). En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los Estados tienen la obligación de evaluar los riesgos asociados a actividades peligrosas al medio ambiente, como la minería, y de adoptar las medidas adecuadas para proteger el derecho al respeto a la vida privada y familiar y permitir el disfrute de un medio ambiente sano y protegido. 66. La Corte considera que, entre los derechos particularmente vulnerables a afectaciones ambientales, se encuentran los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, derecho a la propiedad y el derecho a no ser desplazado forzosamente. Sin perjuicio de los mencionados, son también vulnerables otros derechos, de acuerdo al artículo 29 de la Convención, cuya violación también afecta los derechos a la vida, libertad y seguridad de la personas e infringe el deber de conducirse fraternalmente entre las personas humanas, como el derecho a la paz, puesto que los desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la instalada en el territorio al que se desplaza, algunos de los cuales por su masividad asumen carácter de máxima gravedad.” (CORTE IDH. Opinión Consultiva n. 23/2017. Publicada em 15 nov. 2017. §§ 65-66).

¹⁵⁷⁴ WALDMAN, Ricardo Libel; SAMPAIO, Vanessa Bueno. O direito à moradia adequada à luz do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma discussão a partir das perspectivas do ODS n. 11 e da Habitat III. **Revista de Direito Ambiental e sociedade**, v. 9, n. 1, p. 59-85, jan./abr. 2019. p. 69.

¹⁵⁷⁵ “(...) o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade, embora o primeiro possa ser exercido através do segundo.” (WALDMAN, Ricardo Libel; SAMPAIO, Vanessa Bueno. O direito à moradia adequada à luz do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma discussão a partir das perspectivas do ODS n. 11 e da Habitat III. **Revista de Direito Ambiental e sociedade**, v. 9, n. 1, p. 59-85, jan./abr. 2019. p. 61-62).

¹⁵⁷⁶ WALDMAN, Ricardo Libel; SAMPAIO, Vanessa Bueno. O direito à moradia adequada à luz do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma discussão a partir das perspectivas do ODS n. 11 e da Habitat III. **Revista de Direito Ambiental e sociedade**, v. 9, n. 1, p. 59-85, jan./abr. 2019. p. 74.

que o preâmbulo da CADH destaca ao lado da liberdade pessoal o objetivo de consolidação da justiça social no continente americano.¹⁵⁷⁷ O mesmo preâmbulo destaca a necessidade de “condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos”, de modo que a leitura dos direitos humanos não pode isolar os direitos sociais. Assim, o sujeito passivo do direito humano à moradia é o Estado, e os sujeitos ativos são os indivíduos que podem exigir do Estado a efetivação do direito.

A interpretação jurídica hegemônica sobre o conteúdo daquele direito é de que não há pretensão jurídica para receber gratuitamente moradia do Estado, mas sim que há uma “obrigação do Estado empenhar-se para que, dentro de todas as possibilidades ao seu alcance, assegure que todos tenham oportunidade de acesso à habitação adequada.”¹⁵⁷⁸ Aos que não ostentam condições financeiras, o Estado deve providenciar políticas de acesso à moradia, como subsídios ou financiamentos.

Existe, portanto, uma obrigação convencional do Estado de providenciar, naqueles termos, a própria moradia adequada aos cidadãos, ou ao menos desenvolver políticas públicas de acesso pleno à moradia adequada. Se o Estado se omite, viola os tratados internacionais por omissão. A ausência de lei a respeito das providências a serem tomadas para efetivar o direito à moradia adequada não pode servir de óbice à função administrativa, que deve agir, se identificada a omissão inconveniente, mesmo sem lei. O passo anterior à sua atuação *praeter legem*, porém, deverá ser o da declaração de inconveniência por omissão, cujo efeito é publicizante.

Se o Estado não possui estrutura organizacional administrativa voltada a satisfação daquele direito, ele se encontraria em estado de omissão convencional. A Corte IDH, por exemplo, já determinou em sentenças internacionais mudanças na organização administrativa a fim de adequá-la ao regime convencional. No Caso Massacre de Ituango vs. Colômbia, por exemplo, chegou a determinar a criação de um programa de moradias.¹⁵⁷⁹

Hoje não seria esse o caso brasileiro, que possui uma Secretaria Nacional de Habitação inserida na estrutura do Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional, cujo Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social serve à efetivação da Política

¹⁵⁷⁷ RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 28, p. 15–51, 2014. p. 36.

¹⁵⁷⁸ WALDMAN, Ricardo Libel; SAMPAIO, Vanessa Bueno. O direito à moradia adequada à luz do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma discussão a partir das perspectivas do ODS n. 11 e da Habitat III. **Revista de Direito Ambiental e sociedade**, v. 9, n. 1, p. 59-85, jan./abr. 2019. p. 72.

¹⁵⁷⁹ COVILLA MARTINEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019. p. 17.

Nacional de Habitação.¹⁵⁸⁰ A identificação da inefetividade ou efetividade de tal política, por outro lado, deve ser realizada por estudos, índices e verificação do atingimento de metas, as quais se descumpridas podem gerar, igualmente, um cenário de inconveniência por omissão.

A quem couber a iniciativa do controle daquela política, como por exemplo aos órgãos internos e externos de controle da Administração Pública federal, cumpre entre outras tarefas a de identificar a adequação da prática estatal com os tratados de direitos, o que sem prejuízo dos instrumentos usuais de controle (como por exemplo, tomadas de contas extraordinárias) deve ser realizado via técnica de controle de conveniência.

Seria o exemplo da diminuição do orçamento de 2023 realizada em 2022, injustificadamente, do programa de habitação Casa Verde e Amarela. Conforme noticiado à época, houve um corte de 95% de recursos do programa, que passou a prever a quantia irrisória de R\$ 34 milhões de reais para a política habitacional federal.¹⁵⁸¹ Seria necessário instruir procedimento de declaração de inconveniência para comprová-lo formalmente, mas salta aos olhos que aquela redução abrupta inviabiliza a continuidade do programa e anula o direito à moradia cuja efetivação se deve ao Estado brasileiro, inclusive no plano federal. Às autoridades administrativas de hierarquia inferior e competentes para execução dos atos administrativos vinculados ao programa Casa Verde e Amarela estaria autorizada, segundo o modelo ora proposto, a declaração de inconveniência por omissão, sem prejuízo de declaração semelhante por órgãos de controle externo, como o TCU.

Ainda na exemplificação do direito à moradia, é reconhecido que esse direito humano abarca o dever convencional de “proteger os inquilinos de aumentos abusivos de aluguéis, que exorbitem os níveis proporcionais de cobrança.”¹⁵⁸² Nesse aspecto, cabe recordar o recente aumento descontrolado do principal índice de reajuste utilizado pelo mercado de aluguéis no Brasil. Em 2021 o país viveu, por razões econômicas, uma alta substancial no IGP-M, o que afetou a imensa maioria dos contratos de aluguel residencial e ocasionou um movimento por renegociação de contratos. Segundo os dados disponíveis, “A variação acumulou alta de 14,39% no ano de 2021 e de 37,04% nos últimos 12 meses, ou

¹⁵⁸⁰ Cf. Portaria n. 1.636 de 20 de maio de 2022.

¹⁵⁸¹ Proposta do Orçamento de 2023 prevê redução de 95% nos recursos do programa Casa Verde Amarela. **G1**. 15 ser. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/09/15/proposta-do-orcamento-de-2023-preve-reducao-de-95percent-nos-recursos-do-programa-casa-verde-amarela.ghtml>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁵⁸² WALDMAN, Ricardo Libel; SAMPAIO, Vanessa Bueno. O direito à moradia adequada à luz do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma discussão a partir das perspectivas do ODS n. 11 e da Habitat III. **Revista de Direito Ambiental e sociedade**, v. 9, n. 1, p. 59-85, jan./abr. 2019. p. 76.

seja, o índice acumula alta que pode ser considerada desenfreada.”¹⁵⁸³ Naquele momento, portanto, cabia ao Estado adotar as políticas públicas necessárias ao enfrentamento do aumento descontrolado e que, no plano da efetividade, inviabilizava o exercício do direito à moradia adequada pela coletividade de locatários.

A ausência de uma política legislativa e administrativa de mitigação dos impactos da alta pode ser considerada uma omissão inconvenção de adoção das medidas necessárias à efetivação do direito à moradia, e que pode ser declarada pelas autoridades com competência para a condução da política nacional de habitação.

Nesse sentido, sempre que uma autoridade administrativa com competência para execução de políticas públicas de moradia ou para execução de atos voltados à satisfação daquele direito humano identificar uma omissão legislativa *ou* administrativa que impeça o pleno desenvolvimento de sua competência, deverá proceder com a instauração e instrução de procedimento administrativo para declaração de inconvenção por omissão. No procedimento será possível identificar no que consiste a omissão, quais as provas de sua ocorrência, o que ela impede a autoridade administrativa de concretizar e quais os remédios para corrigi-la, e dirigidos a quem. O efeito da declaração de inconvenção, nesse exemplo, é publicizante da situação inconvenção.

3.3.1.2. Efeito supletivo da inconvenção por omissão

O efeito supletivo de competência administrativa por declaração de inconvenção por omissão não acontece em todo caso. Sustenta-se que a declaração de inconvenção somente estará acompanhada de efeitos supletivos de uma competência administrativa inexistente quando, para concretização do agir do agente público fundado em direito humano, não haja dependência de atuação de outros órgãos ou funções de Estado.

Seria o caso de situações em que o agente público se auto-atribui, a partir da declaração de inconvenção por omissão, uma competência não originariamente prevista em norma interna e da qual dependa a satisfação de um direito humano. Esse seria o caso, exemplificadamente, do exercício de uma competência na ausência de lei (*praeter legem*) por parte de agente público para satisfação de um direito humano – o que só será permitido sempre e em qualquer caso quando a declaração de inconvenção seguida do

¹⁵⁸³ A alta desenfreada do IGP-M e a renegociação dos contratos de locação. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/347856/a-alta-desenfreada-do-igp-m-e-a-renegociacao-dos-contratos-de-locacao>>. Acesso em 14 nov. 2023.

seu efeito constitutivo ampliar a esfera jurídica do destinatário favoravelmente. O que é uma decorrência do princípio *pro persona*.

É importante registrar que a deflagração dessa modalidade de controle obedece às diretrizes gerais do modelo de controle proposto no capítulo 2, e permite-se tanto o seu início de ofício por autoridades administrativas quanto seu início provocado por cidadãos ou pessoas jurídicas interessadas na manifestação estatal acerca de uma omissão que impede o exercício de direitos humanos.

Os efeitos supletivos e a possibilidade de atuação sem previsão de lei a partir da identificação de omissão inconvenção do dever de legislar pode ser exemplificada a partir de sentença judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Santa Catarina.

Apesar da resolução do caso em processo judicial, o caso é ilustrativo de como a função administrativa poderia ter agido independentemente de lei para ampliar direitos fundamentais e humanos de mãe de uma criança acometida de Síndrome de Rett (que gera deficiência intelectual grave e baixa expectativa de vida).

No caso enfrentado na Apelação n. 0308622-71.2019.8.24.0038 o Tribunal de Justiça catarinense reformou sentença de 1º grau que julgou improcedente pedido de redução de carga horária da mãe servidora pública, sem redução de vencimentos, sob o fundamento de ausência de previsão legal. A sentença tão somente seguiu o entendimento da administração pública ré no âmbito administrativo no sentido de que se não há lei que possibilite o pleito de redução de jornada sem diminuição de remuneração, isso não seria lícito e possível, em que pese a condição peculiar de saúde da filha pessoa com deficiência.

O Tribunal, em sede de apelação, entendeu de modo diferente, e que apesar da falta de lei do ente federativo com o qual a mãe mantém a relação de trabalho, Município de Joinville-SC, o direito a “horário especial” previsto na Lei Federal n. 8.112/90¹⁵⁸⁴ deve ser invocado por analogia e, afastada a redução proporcional da remuneração por força do previsto nos arts. 7, 23 e 28 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Decreto n. 6.949/2009).¹⁵⁸⁵ Assim se dá porque é

¹⁵⁸⁴ (Lei n. 8.112/90) “Art. 98. Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo. § 1º Para efeito do disposto neste artigo, será exigida a compensação de horário no órgão ou entidade que tiver exercício, respeitada a duração semanal do trabalho. § 2º Também será concedido horário especial ao servidor portador de deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário. § 3º As disposições constantes do § 2º são extensivas ao servidor que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência.”

¹⁵⁸⁵ (Convenção de Nova Iorque) “Artigo 7. Crianças com deficiência. 1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças. 2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial.

indiscutível que os gastos financeiros que a grave síndrome que acomete a criança não permitiria conciliar o maior número de horas de convivência familiar com a redução de remuneração sem que os direitos previstos no tratado internacional restassem violados. Assim, foi “reconhecido o direito da Recorrente em exercer jornada reduzida de trabalho sem o abatimento proporcional dos vencimentos” com fundamento em tratado de direitos humanos.¹⁵⁸⁶

O modelo proposto nesta tese segue o entendimento de que não seria necessário provimento jurisdicional para garantir o mesmo direito à mãe. Deveria a própria Administração Pública na qual a mãe da criança com deficiência exerce cargo público efetivo reconhecer a omissão inconvenção daquele ente federativo (o Município de Joinville-SC) e, a despeito da falta de lei específica, aplicar diretamente as disposições da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência para fazer valer, administrativamente, o direito da mãe e da criança de conviverem em padrões adequadas de vida, com melhoria contínua das condições e qualidade de vida com absoluta prioridade do bem estar da criança.

A autoatribuição por parte da autoridade responsável pela decisão do pedido administrativo de uma competência concessiva da redução de jornada sem redução de proventos, sem previsão expressa em lei e no exercício da função administrativa, tem todos os benefícios e vantagens apresentados no capítulo 2, sem que medida judicial alguma seja necessária. E segue-se como efeito supletivo da competência.

3.3.1.3. Exemplos de casos de declaração de inconvenção por omissão com efeitos publicizantes e supletivos

Alguns exemplos são elucidativos da operacionalização do modelo proposto. Entre eles, um primeiro que envolve ambos os efeitos sustentados para o exercício eficaz do direito

Artigo 23. Respeito pelo lar e pela família. (...) 2. Os Estados Partes assegurarão os direitos e responsabilidades das pessoas com deficiência, relativos à guarda, custódia, curatela e adoção de crianças ou instituições semelhantes, caso esses conceitos constem na legislação nacional. Em todos os casos, prevalecerá o superior interesse da criança. Os Estados Partes prestarão a devida assistência às pessoas com deficiência para que essas pessoas possam exercer suas responsabilidades na criação dos filhos.

Artigo 28. Padrão de vida e proteção social adequados. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.”

¹⁵⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 0308622-71.2019.8.24.0038. 3ª Câmara de Direito Público. Unânime. Sessão de 14 mar. 2023. Publicado em 15 mar. 2023.

humano ao meio ambiente, de todo útil para identificar como pode acontecer a declaração de inconveniência por omissão de dever genérico do Estado.

Na Comissão e Corte IDH só a partir de 2017, depois da já mencionada Opinião Consultiva n. 23/2017, é que o tema do meio ambiente foi tratado com destaque no SIDH, com discussão sobre os princípios da prevenção e precaução.¹⁵⁸⁷ Naquela opinião consultiva a Corte IDH estabeleceu parâmetros procedimentais de atuação estatal para proteção do meio ambiente, o que compreende o acesso à informação, a participação ambiental e o acesso à justiça.¹⁵⁸⁸

Mas a previsão expressa do direito ao meio ambiente sadio no SIDH é bastante anterior, e remonta a 1988, com a positivação no art. 11 do Protocolo de San Salvador.¹⁵⁸⁹ A ausência do tema na própria CADH se justifica em função do contexto da época de sua edição, em que a preocupação internacional do meio ambiente não era primordial como passou a ser após a Conferência de Estocolmo de 1972 e da Conferência do Rio de Janeiro em 1992 (Eco92). Como lembram Ustariz e Niño, em 2012 a Carta Social das Américas aprovada pela Assembleia Geral da OEA registrou a interrelação entre proteção ambiental e desenvolvimento como modo de erradicar a pobreza extrema na região, o que faz ressaltar em importância o tema para a Administração Pública responsável pela política ambiental. Em 2020 a Corte IDH decidiu o Caso Nuestra Tierra vs. Argentina em que “resolveu pela primeira vez um caso contencioso, e em consonância com o reconhecimento de todo desenvolvimento prévio sobre a relação do meio ambiente com sua interdependência com os demais direitos (no caso concreto, a alimentação adequada, a água e a participação na vida cultural), que o Estado argentino é responsável pela violação ao direito ao meio ambiente sadio (...).”¹⁵⁹⁰

Nesse contexto, no Brasil, a derrocada da proteção ambiental pelo Estado nos últimos anos foi fato notório. Em 2019, citando expressamente a Opinião Consultiva n. 23/2017, a Comissão IDH chegou a emitir o Comunicado de Imprensa n. 215/2019 em que

¹⁵⁸⁷ USTARIZ, Marthe Robles. NINO, Diana Geraldine Quevedo. El ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades del Estado. Instrumento para la efectiva protección y garantía de los derechos de acceso en materia ambiental. In: PACHÓN, María del Pilar García (Coord.). **Información, participación y justicia Ambiental**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. p. 650.

¹⁵⁸⁸ CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 23/2017. Publicada em 15 nov. 2017.

¹⁵⁸⁹ (Protocolo de San Salvador) “Art. 11. Direito a um meio ambiente sadio. 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.”

¹⁵⁹⁰ USTARIZ, Marthe Robles. NINO, Diana Geraldine Quevedo. El ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades del Estado. Instrumento para la efectiva protección y garantía de los derechos de acceso en materia ambiental. In: PACHÓN, María del Pilar García (Coord.). **Información, participación y justicia Ambiental**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. p. 645-651.

externalizou preocupação com as queimadas na região amazônica. No comunicado foram registrados os dados de desmatamento entregues pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) e que apontaram de junho a julho de 2019 aproximadamente 7.900 Km² de floresta destruída e mais de 72 mil queimadas (80% a mais que em 2018). Naquele contexto, o comunicado a Comissão IDH registrou a preocupação com “os anúncios por autoridades do país que destacaram que o governo continuaria reduzindo a quantidade de multas por questões ambientais no campo, fazendo referência a uma suposta ‘indústria da multa’.”¹⁵⁹¹ Foi citada no comunicado também a Medida Provisória n. 881 que, na visão da Comissão IDH, previa medidas que “facilitam o desmatamento automático quando houver atraso de licenças ambientais e renúncia à requisição de licenças ambientais para atividades econômicas de baixo risco.”¹⁵⁹² O cenário no Brasil entre 2016 e 2022 chegou a ser classificado como de “desmonte da política ambiental” em audiência pública da Comissão de Meio Ambiente (CMA) do Senado Federal.¹⁵⁹³

A conclusão é de que a falta de política ambiental eficaz naquele período consistiu em omissão inconvenção do Estado brasileiro no cumprimento de seu dever de proteção ambiental e garantia do direito ao meio ambiente sadio previsto no art. 11 do Protocolo de San Salvador.

Defende-se, nesse contexto, a possibilidade de exercício de controle de convencionalidade nacional via declaração de omissão inconvenção pela própria função administrativa. A qualquer agente público detentor de competências para proteção ambiental e garantia daquele direito humano deve ser permitido inaugurar procedimento de controle que, após instrução, possibilite a declaração do cenário de omissão. E, se for o caso, que permita sua atuação independentemente de lei que estabeleça competência administrativa para uma política pública de proteção ambiental eficaz, porque suas competências para agir derivam diretamente do art. 11 do Protocolo de San Salvador aplicado na forma do art. 5º, § 1º da Constituição.

No exemplo, ao lado do efeito supletivo, o efeito publicizante da declaração de inconvenção por omissão servirá de prova de inconvenção em caso de processamento do Estado perante a Corte IDH, uma vez que a Opinião Consultiva n. 23/17 e

¹⁵⁹¹ COMISSÃO IDH. Comunicado de Imprensa n. 215 de 03 set. 2019. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/215.asp>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁵⁹² COMISSÃO IDH. Comunicado de Imprensa n. 215 de 03 set. 2019. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/215.asp>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁵⁹³ Desmonte da política ambiental é entrave para economia, dizem especialistas. **Agência Senado**. 22 jun. 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/22/desmonte-da-politica-ambiental-e-entrave-para-economia-dizem-especialistas>>. Acesso em 14 nov. 2023.

o precedente do Caso Lhaka Honhat vs. Argentina¹⁵⁹⁴ estabeleceram o direito ao meio ambiente como direito humano judicializável perante a Corte IDH.

Como último exemplo da modalidade de declaração por omissão, cita-se o cenário de omissão inconvenção no Brasil para políticas públicas voltadas para a população LGBTQIA+ entre 2018 e 2021.

Por provocação do Congresso Nacional o TCU iniciou fiscalização e concluiu, após auditoria, que naquele período a União Federal não conduziu nenhuma política pública voltada à proteção daquele grupo vulnerável, mas apenas iniciativas pontuais que não foram consideradas suficientes para demonstrar o empenho do Estado brasileiro na garantia do direito à não discriminação e proteção à vida de pessoas gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e intersexo.

No Acórdão 554/2023-Plenário o TCU após constatar a apontada omissão e que “Inexistiram políticas públicas (em sentido estrito) voltadas para a população LGBTQIA+ nos ministérios da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, da Cidadania, do Turismo e da Justiça e Segurança Pública, a despeito de iniciativas pontuais” recomendou ao Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania que atuasse para criação de indicadores e normativa que possibilitasse o atendimento das políticas públicas.¹⁵⁹⁵

Nesse mesmo sentido, a omissão estatal no tema de gênero foi objeto de preocupação da Comissão IDH no último relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, em que o órgão registrou que “a mudança no comportamento do Estado, na opinião da CIDH, gera consequências graves, culminando com o recrudescimento generalizado da violência física e psicológica contra essas pessoas.”¹⁵⁹⁶

¹⁵⁹⁴ CORTE IDH. Caso Lhaka Honhat vs. Argentina (“Nuestra Tierra”). Sentença de 06 fev. 2020.

¹⁵⁹⁵ O TCU determinou, concretamente, que o Ministério, “quando da elaboração de políticas públicas relacionadas ao tema defesa e promoção de pessoas LGBTQIA+, [realize] a formalização por meio de ato normativo, o estabelecimento de indicadores de desempenho e metas e mecanismos de participação da sociedade no processo de tomada de decisão (...), a inclusão de mecanismos que assegurem que as ações do Plano Nacional de Empregabilidade LGBT abranjam número maior de territórios; e (...) a realização de parcerias com outros órgãos e entidades que atuam na área de capacitação profissional, de modo a garantir que as ações do Plano Nacional de Empregabilidade LGBT sejam ofertadas a um número maior de pessoas LGBTQIA+ e em mais territórios.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 554/2023-Plenário. Processo n. 008.923/2022-1. Rel. Min. Weder de Oliveira. Sessão de 22 mar. 2023).

¹⁵⁹⁶ Transcreve-se o trecho completo: “Nesse sentido, desperta preocupação da CIDH as mudanças de posição do Estado em relação ao tema ‘gênero’, as quais vêm impactando diversas áreas de política pública e esferas de atuação administrativa, como abordado em maiores detalhes ao longo deste relatório. A formação social brasileira, baseada no estabelecimento de papéis hetero-cis-normativos rígidos, fez com que as pessoas LGBTI sempre estivessem expostas a padrões de violência, discriminação e desumanização no país. Dessa forma, a mudança no comportamento do Estado, na opinião da CIDH, gera consequências graves, culminando com o recrudescimento generalizado da violência física e psicológica contra essas pessoas. A CIDH reitera que cabe ao Estado proteger a integridade das pessoas LGBTI, não apenas por meio de políticas que reconheçam suas demandas por direitos e dignidade, mas também pela construção de um ambiente de respeito pela diversidade.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil:**

Em nenhum momento o TCU fez menção no acórdão a tratados de direitos humanos que protegem os seres humanos contra qualquer forma de discriminação¹⁵⁹⁷ ou à jurisprudência da Corte IDH. Isso muito embora conforme apontado na pesquisa de Nascimento, Marino e Carvalho, a jurisprudência da Corte IDH possua pelo menos 4 precedentes em sentença e uma opinião consultiva em que trata do direito à não discriminação da comunidade LGBTQIA+.¹⁵⁹⁸ A citação daqueles precedentes e da CADH serviria a adequada fundação da decisão do TCU, e sustentaria efeitos jurídicos publicizantes e quiçá supletivos, suficientes à estruturação das medidas corretivas da falha estatal ainda em âmbito interno.

Poderia o TCU ter se valido da fundamentação e da linguagem dos direitos humanos convencionais, contida no relatório da Comissão IDH e nos Casos Atala Riffo e Crianças vs. Chile (2012), Duque vs. Colômbia (2016), Flor Freire vs. Equador (2016), caso Azul Rojas Marín e outra vs. Peru (2020) e Opinião Consultiva n. 24/2017. Esse conjunto de precedentes demonstra que a partir do arts. 1.1, 11 e 29 da CADH a “a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção.”¹⁵⁹⁹

Na Opinião Consultiva n. 24/2017 por identificar que a discriminação acontece em relação à identidade autopercebida e também em relação à identidade percebida externamente, pela sociedade, a Corte IDH registrou também que “toda expressão de gênero constitui uma categoria protegida pela Convenção Americana no seu artigo 1.1.”¹⁶⁰⁰ Portanto, com fundamento convencional e naqueles precedentes poderia o TCU ter declarado expressamente a omissão inconvenção da União Federal, restringindo os órgãos competentes à adoção das necessárias políticas públicas a partir dos compromissos internacionais que o Brasil assumiu. Esse reforço argumentativo a partir da técnica de controle de convencionalidade é conveniente e desejado na medida em não só não há políticas públicas para aquele grupo, como só em 2023 quase 70 projetos de lei antitrans foram apresentados Brasil afora por

Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. p. 190. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023).

¹⁵⁹⁷ PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero. **Anuario de Derecho Público UDP**, p.173-189, 2017. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37886.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁵⁹⁸ NASCIMENTO, João Pedro Rodrigues; MARINO, Tiago Fuchs; CARVALHO, Luciani Coimbra. A Corte Interamericana de direitos humanos e a proteção dos direitos LGBTI: construindo um *Ius Constitutionale Commune* baseado na diversidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p.714-735, 2021.

¹⁵⁹⁹ CORTE IDH. Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile. Sentença de 24 fev. 2012. § 91.

¹⁶⁰⁰ CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 24/2017. Publicada em 24 nov. 2017. § 79.

parlamentares de todos os níveis federais. Desde fevereiro de 2023 mais de um novo projeto de lei inconvenção por dia é protocolado por membros eleitos do Poder Legislativo.¹⁶⁰¹

Dos exemplos fica evidenciado que a proposta de modelo de controle de convencionalidade por omissão pela função administrativa derivada de dever genérico não é exaustiva. Ela busca apenas traçar as linhas fundamentais de uma modalidade de controle que para ser eficaz e garantir segurança jurídica precisa ser regulada em lei nacional, a fim de compatibilizar o exercício da técnica em todos os níveis da federação e delimitar os exatos efeitos que a declaração da omissão pode ter.¹⁶⁰²

3.3.2. Declaração de inconvenção por omissão concreta de autoridade administrativa identificável

Derivam do modelo defendido duas hipóteses de declaração de inconvenção concreta por omissão de autoridade administrativa identificável: **(i)** primeira hipótese: o tratado internacional prevê competência suficientemente delimitada ao Estado que permite identificar como efetivar um direito humano e, por isso, é possível identificar qual a autoridade competente para as condutas necessárias para efetivá-lo; **(ii)** segunda hipótese: uma decisão internacional (sentença ou medida provisória da Corte IDH, por exemplo) identifica um dever concreto dirigido a uma autoridade estatal identificável.

Ambas as hipóteses serão identificadas abaixo, acompanhadas de exemplos.

3.3.2.1. Descumprimento de norma de tratado internacional por ato omissivo inconvenção

Se um tratado internacional de direitos humanos prevê norma suficientemente clara a respeito de como efetivar um direito humano e é possível identificar a autoridade competente

¹⁶⁰¹ Os projetos buscam “proibição do uso de neologismos como ‘todes’ e os pronomes neutros ‘elu/delu’ em escolas e na administração pública”, “impedir o acesso de crianças e adolescentes trans a procedimentos médicos”, “estabelecer o sexo biológico como único critério para determinar o gênero de competidores em torneios esportivos”, “impedir a chamada ideologia de gênero”, a “proibição da instalação de banheiros unissex em estabelecimentos públicos e privados”, “prender adultos que apoiarem menores de idade em sua transição de gênero.” (Brasil tem um novo projeto de lei antitrans por dia, e ‘efeito Nikolas’ preocupa. **Folha de São Paulo**. 20 mar. 2023. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/03/brasil-tem-um-novo-projeto-de-lei-antitrans-por-dia-e-efeito-nikolas-preocupa.shtml>>. Acesso em 14 nov. 2023).

¹⁶⁰² A própria Comissão IDH em seu relatório de 2021 recomendou o desenvolvimento de “um mecanismo de coordenação entre os três poderes federativos para garantir a efetiva incorporação em âmbito doméstico dos parâmetros internacionais de direitos humanos tanto em relação à adoção de medidas positivas pelo Estado, quanto em relação à abstenção de ações visando a proteção de direitos.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. p. 196. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023).

para aquela tarefa, a inércia da autoridade identificável consiste em omissão inconvençãoal a ser declarada. Essa consiste na primeira hipótese de declaração de omissão inconvençãoal de cumprimento de dever concreto do Estado.

Um primeiro exemplo de identificação de omissão inconvençãoal de dever concreto previsto em norma de tratado é o de descumprimento pelo Brasil, até 2015, do art. 7.5 da CADH. O dispositivo obriga que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

Até 2015 não havia mecanismo de Direito interno que desse conta, estruturalmente, do cumprimento daquele dever suficientemente claro previsto na CADH de conduzir toda pessoa detida ou conduzida, “sem demora”, à presença de um juiz para averiguação da licitude de prisão.

Constatada a omissão inconvençãoal pelo órgão regulador e disciplinar do Poder Judiciário, foi editado o Provimento n. 03/2015 do CNJ, sobre as audiências de custódia. O órgão no exercício da função administrativa constatou a omissão que afrontava um direito humano e editou uma norma também de natureza administrativa para corrigir a omissão identificada como inconvençãoal.

A partir desse caso verifica-se, ainda que implícita no procedimento administrativo que deu ensejo ao Provimento n. 03/2015 do CNJ, uma *declaração de inconvençãoalidade por omissão por um órgão administrativo* hierarquicamente superior que obrigou a editar uma norma ou realizar um ato. Poderia aquela declaração ter sido expressa, pois como registrou Sarlet, o caso das audiências de custódia não tratou sobre legislar sobre processo ou procedimento, competência do Poder Legislativo. Tratou na verdade de uma hipótese de saneamento de uma omissão inconvençãoal para “implementar, em termos logísticos e operacionais, medida concreta que já decorre de obrigação legal interna, notadamente pelo fato de o Congresso Nacional ter aprovado sem reservas a Convenção Americana de Direitos humanos no ponto em causa [audiências de custódia].”¹⁶⁰³

Uma segunda hipótese exemplificativa da declaração de inconvençãoalidade de dever concreto seria a do dever direcionado ao Estado-parte no art. 6 do Protocolo de San

¹⁶⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018. p. 64.

Salvador. A norma prevê o compromisso da parte signatária do tratado de “adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes.”

Para esse dever, é identificável no ordenamento jurídico brasileiro o órgão com competência para concretização do direito convencional, pois a Medida Provisória n. 1.154/2023 previu competências próprias para o Ministério do Trabalho e Emprego para realização de políticas e “diretrizes para a geração de emprego e renda e de apoio ao trabalhador” e “intermediação de mão de obra e formação e desenvolvimento profissionais”.¹⁶⁰⁴ Portanto, do tratado de direitos humanos e da competência prevista no ordenamento jurídico interno é possível identificar de modo circunscrito o direito e correlativo dever de quem compete efetivá-lo no plano interno.

A hipótese amolda-se à modalidade de declaração por omissão inconvenção discutida na medida em que se o Ministério do Trabalho e Emprego não desenvolver as políticas e diretrizes cujo dever deriva do tratado internacional, ele incide em inescusável inércia contrária à norma convencional.

Por obrigação internacional assumida o Estado brasileiro conta “com a obrigação de promover e de efetivar medidas de ações afirmativas que possibilitem o reconhecimento e o exercício de direitos e que rechacem qualquer ato violador e atentatório aos padrões constitucionais e internacionais.”¹⁶⁰⁵ Sua recusa, a ser aferida por índices e metas em procedimento administrativo pode ser declarada como inconvenção, sujeitando assim – enquanto não sejam regulados outros efeitos por lei – o Estado a processamento internacional por força da declaração emanada em procedimento de controle de convencionalidade nacional, o que pode acontecer na função administrativa. Seja por órgãos do Ministério do Trabalho e Emprego, seja por outros órgãos no exercício da função administrativa que

¹⁶⁰⁴ (Medida Provisória n. 1.154/2023) “Art. 46. Constituem áreas de competência do Ministério do Trabalho e Emprego: I - política e diretrizes para a geração de emprego e renda e de apoio ao trabalhador; II - política e diretrizes para a modernização do sistema de relações de trabalho e do sistema sindical; III - fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário, e aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas; IV - política salarial; V - intermediação de mão de obra e formação e desenvolvimento profissionais; VI - segurança e saúde no trabalho; VII - economia solidária, cooperativismo e associativismo urbanos; VIII - regulação profissional; IX - registro sindical; X - produção de estatísticas, estudos e pesquisas sobre o mundo do trabalho para subsidiar políticas públicas; XI - políticas de aprendizagem e de inclusão das pessoas com deficiência no mundo do trabalho, em articulação com os demais órgãos competentes; XII - políticas de enfrentamento às desigualdades no mundo do trabalho; XIII - políticas voltadas para a relação entre novas tecnologias, inovação e mudanças no mundo do trabalho, em articulação com os demais órgãos competentes; e XIV - políticas para enfrentar a informalidade, a rotatividade e a precariedade no mundo do trabalho.”

¹⁶⁰⁵ LEAL, Mônia Clarissa Henning; LIMA, Sabrina Santos. O sistema interamericano de direitos humanos e a proteção de minorias e grupos vulneráveis. **Revista de Direito brasileira**, Florianópolis, v. 29, n. 11, p. 144-163, maio/ago. 2021. p. 158.

dependam da efetivação daqueles direitos para o bom desempenho de suas próprias competências.

Um terceiro exemplo está no já demonstrado caso de consulta a comunidades indígenas e tradicionais como requisito de validade de qualquer intervenção estatal em seus territórios tradicionais. Esse é um direito humano e dever estatal previsto de modo claro no art. 6º Convenção n. 169 da OIT¹⁶⁰⁶ e já interpretado pela jurisprudência da Corte IDH a partir do Caso Saramaka vs. Suriname como derivado do direito de propriedade previsto no art. 21 da CADH.

Para além de servir ao controle repressivo de convencionalidade de práticas pela função administrativa, como visto acima, a recusa em fazer valer aquele direito de consulta prévia pode ser objeto de declaração de inconvencionalidade por omissão de dever concreto dirigido a autoridade identificada.

Essa declaração de omissão inconvencional pode ocorrer sempre que um órgão ambiental com competência para expedir licença ou algum órgão de controle identifiquem a ausência sistemática de garantia do direito de consulta. Aquela omissão afronta os direitos humanos convencionais das comunidades tradicionais, e pode ser declarada formalmente em procedimento administrativo a fim de gerar um efeito declaratório e publicizante do cenário inconvencional. Ou seja, a declaração pela função administrativa tem o condão de denunciar o cenário de omissão e servir de elemento para criação dos mecanismos normativos necessários à correção interna da falha estatal, sem prejuízo da utilização do procedimento de declaração de omissão inconvencional pelos órgãos internacionais para fins de responsabilização internacional do próprio Estado-parte.

Um derradeiro exemplo é cabível, bem como conclusivo da imperatividade de regulação por lei de um procedimento de declaração de inconvencionalidade por omissão.

No caso Ximenes Lopes a Corte IDH inaugurou sua jurisprudência a respeito do dever do Estado de fiscalizar o serviço de saúde delegado aos particulares. Naquele caso de condenação do Brasil, ficou consignado como fundamento da sentença que ainda quando

¹⁶⁰⁶ (Decreto n. 10.088/2019 – Anexo 72). “Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.”

prestado por privados, o serviço público de saúde é titularizado pelo Estado, que tem o dever de provê-lo de modo adequado.¹⁶⁰⁷ A mesma *ratio* foi utilizada no Caso Suárez Peralta, em que para condenar o Equador a Corte IDH fundamentou que a terceirização do serviço de saúde a clínica privada que contratava médicos sem habilitação punha em risco a prestação do serviço e violou o direito à saúde da vítimas, consistente esse em dever *do Estado*.¹⁶⁰⁸ No mesmo caso a Corte IDH condenou o Equador por entender que seu dever de regular, fiscalizar e supervisionar o serviço terceirizado de saúde não foi cumprido, na medida em que permitiu pessoal não habilitado prestar o serviço e permitiu sua prestação em condições sanitárias inadequadas. Ao deixar de fiscalizar e gerar situação de risco à saúde, o Estado terminou condenado por violação ao art. 5.1¹⁶⁰⁹ cumulado com art. 1.1¹⁶¹⁰ da CADH.¹⁶¹¹

¹⁶⁰⁷ 95. Quando o atendimento de saúde é público, é o Estado que presta o serviço diretamente à população, mediante seu Sistema Único de Saúde. O serviço público de saúde do SUS é oferecido primariamente pelos hospitais públicos; no entanto, a iniciativa privada, de forma complementar, e mediante a assinatura de convênios ou contratos, quando em determinada região do país não haja hospitais públicos suficientes para atender à demanda de pacientes, também presta serviços de saúde sob os auspícios do SUS. Em ambas as situações, esteja o paciente internado num hospital público ou num hospital privado que tenha convênio ou contrato com o SUS, a pessoa se encontra sob os cuidados do serviço público de saúde brasileiro, ou seja, do Estado. 96. A prestação de serviços públicos implica a proteção de bens públicos, que é uma das finalidades dos Estados. Embora os Estados possam delegar sua prestação através da chamada terceirização, mantêm a titularidade da obrigação de prestar os serviços públicos e de proteger o bem público respectivo. A delegação à iniciativa privada de prestar esses serviços exige como elemento fundamental a responsabilidade dos Estados de fiscalizar sua execução, a fim de garantir uma efetiva proteção dos direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição e para que os serviços públicos sejam prestados à coletividade sem qualquer tipo de discriminação e da forma mais efetiva possível.” (CORTE IDH. Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 jul. 2006. §§ 95-96).

¹⁶⁰⁸ “145. En este sentido, la supervisión y fiscalización del servicio médico brindado por el Estado en el Policlínico que, en este caso, debieron realizar las autoridades correspondientes (Policlínico de Guayas y Ministerio de Salud Pública), no fueron acreditados (supra párr. 137). La Corte estima que la convocatoria realizada por parte del Estado, mediante la orden General No. 1977, en la que promovió servicios médicos, generó una situación de riesgo que el propio Estado debía haber conocido. Sobre esta situación, se demostró que se prestó atención médica en un centro de salud público por parte de quien no acreditó estar certificado para el ejercicio de su profesión (supra párr. 48) y que, frente a ello, el Estado no solo permitió sino que además promovió la misma. Dicha situación de riesgo se materializó posteriormente con las afectaciones a la salud de Melba Suárez Peralta. Por tanto, esta Corte concluye que el Estado incumplió su deber de cuidado y garantía del derecho a la integridad personal de Melba Suárez Peralta, en relación con la atención de salud brindada en el Policlínico de la Comisión de Tránsito de Guayas.” (CORTE IDH. Caso Suárez Peralta vs. Equador. Sentença de 21 maio 2013).

¹⁶⁰⁹ (CADH) “Artigo 5. Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.”

¹⁶¹⁰ (CADH) “Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

¹⁶¹¹ CORTE IDH. Caso Suárez Peralta vs. Equador. Sentença de 21 maio 2013. § 152-154.

A responsabilidade internacional do Estado naqueles casos foi declarada e tanto o Brasil quanto o Equador foram condenados a indenizar, pois a Corte IDH imputa ações e omissões de delegatários de serviços públicos ao Estado-parte da CADH.¹⁶¹²

Portanto, a jurisprudência da Corte IDH em matéria de prestação de serviços públicos de saúde é suficientemente clara para extrair do art. 1.1 (dever de garantia) cumulado com o art. 5 (direito à integridade pessoal) da CADH o dever estatal de fiscalizar eficientemente os serviços delegados de saúde pública. Se o Estado deixa de fiscalizar, se deixa de adotar as correlatas medidas imprescindíveis à boa fiscalização, o Estado age por omissão inconvenção em prejuízo à vida e integridade física da população.¹⁶¹³ O exemplo é hipotético, mas nem por isso não encontra paralelos na realidade brasileira¹⁶¹⁴ que poderia se valer no exercício da função administrativa de uma declaração de inconvenção por omissão para ao menos fundamentar o cenário de possível sujeição do Estado à responsabilização internacional por descumprimento de norma da CADH interpretada pela Corte IDH.

3.3.2.2. *Descumprimento de decisão internacional por ato omissivo inconvenção*

A Corte IDH pode nos termos da CADH e por sentença internacional condenar um Estado a assegurar o gozo de um direito violado e “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.” (art. 63.1). Nos casos de urgência e gravidade, cautelarmente pode também “tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes.” (art. 63.2). A Comissão IDH possui competência cautelar análoga, e com fundamento no art. 41,

¹⁶¹² RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 574.

¹⁶¹³ Sobre o direito à vida previsto em convenções e declarações internacionais, Aguiar registrou opinião radical “O grande atentado contra a vida não se traduz em ações que matam, mas por medidas que impedem o viver. Um Estado que não distribui de modo razoável sua renda é um Estado homicida que, mercê de sua concentração de renda, aumenta a sobrevivência de poucos e diminui a sobrevivência de muitos. A fome e o abandono é a arma que mata e o homicida é quem, por sua omissão, ou ação, permite e até mesmo incentiva essa situação.” (AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-ômega, 1980. p. 162).

¹⁶¹⁴ A falta de fiscalização pelo Município de São Paulo-SP do serviço de saúde terceirizado a organizações sociais foi objeto de relatório do Tribunal de Contas Municipal, do Conselho Municipal de Saúde, e é objeto de inquérito pelo Ministério Público. Cf. Relatórios apontam falhas na fiscalização de organizações sociais de saúde de SP. **Folha de São Paulo**. 19 ago. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/08/relatorios-apontam-falhas-na-fiscalizacao-de-organizacoes-sociais-de-saude-de-sp.shtml>>. Acesso em 14 nov. 2023.

“b” da CADH¹⁶¹⁵ e art. 25 do seu regulamento pode “por iniciativa própria ou por solicitação da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares.”¹⁶¹⁶

Quando a sentença internacional irrecorrível é dirigida ao Estado condenado, cabe-lhe cumpri-la. Como igualmente lhe cabe cumprir as medidas cautelares da Corte IDH e Comissão IDH, sob pena de concordar com inutilidade de sua previsão na CADH e de sujeitar o Estado a responsabilização futura por violação deliberada de direitos humanos.

Na CADH foi indicado no art. 63 uma amplitude grande de eficácias possíveis da sentença condenatória. As sentenças da Corte IDH vão além dos dispositivos que condenam o Estado a reparar pecuniariamente as vítimas do caso concreto. São estruturantes, e se preocupam com medidas de não repetição que ultrapassam a esfera jurídica da vítima do caso.¹⁶¹⁷

Seja qual for a eficácia da sentença, como regra não há discricionariedade no seu cumprimento no SIDH, nem sob invocação da doutrina da margem de apreciação nacional. A margem de apreciação é mais restrita, e nos termos do que prevê a sentença internacional, sem tanta liberdade aos países integrantes e com ordem mandatória de cumprimento da decisão da Corte IDH segundo seus próprios termos. Na Opinião Consultiva n. 04/1984 a Corte IDH chegou a se manifestar sobre a margem de apreciação, mas apenas para indicar a liberdade maior que existe para os Estados regularem os requisitos de aquisição de nacionalidade. E não quando ao modo de cumprimento de condenações, que são impositivas em razão dos contornos da técnica de controle de convencionalidade moldada na jurisprudência do SIDH.¹⁶¹⁸ Nessa linha, podem os julgados da Corte IDH determinar fazeres e não fazeres concretos, por vezes de competência exclusiva da função administrativa do Estado.

Covilla Martinez registra em extensa pesquisa casos como o da Comunidade Indígena Xámok Kásek vs. Paraguai, em que se determinou que procedimento administrativo

¹⁶¹⁵ (CADH) Art. 41. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: (...) b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;”

¹⁶¹⁶ (Regulamento da Comissão IDH) “Artículo 25. Medidas Cautelares. 1. Con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano.”

¹⁶¹⁷ RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 28, p. 15–51, 2014. p. 47.

¹⁶¹⁸ LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Controle de convencionalidade**: a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos. João Pessoa: Ideia, 2016. p. 58-60.

de reivindicação territorial de condução competente da função administrativa acontecesse ajustado às normas de direitos humanos. Citou também o Caso Guitiérrez Soler vs. Colômbia, em que a Corte IDH determinou que fossem exigidas determinadas condições psicológicas a agentes penitenciários, no âmbito da função administrativa. Ou ainda o Caso Claude Reyes vs. Chile, em que se determinou pela via do processo administrativo acesso à informação por parte de cidadãos. No Caso Isaza Uribe e outros vs. Colômbia, por outro lado, se determinou a revogação e adoção de determinados regulamentos administrativos. No Caso Vereda La Esperanza vs. Colômbia e Caso Manuel Cepede Vargas vs. Colômbia, a criação de bolsas de estudos. No Caso Villamizar Durán e outros vs. Colômbia, a prestação de serviço público pela função administrativa em sentido específico. E no Caso Desaparecidos do Palácio de Justiça vs. Colômbia, a realização de uma cerimônia com presença de servidores públicos.¹⁶¹⁹ Todos esses exemplos são de condenações de realização de obrigações de fazer dirigida à função administrativa do Estado, as quais se descumpridas fazem o Estado incidir em nova inconvenção, agora por omissão no cumprimento da sentença internacional. Isso indica que pode, a própria função administrativa a quem dirigida a condenação, declarar o cenário de descumprimento da condenação internacional.

Um caso de condenação do Brasil, já citado acima, exemplifica no conjunto o cenário de omissão inconvenção já declarado internacionalmente em supervisão de cumprimento de sentença da Corte IDH, mas que poderia também ser declarado em controle de convencionalidade nacional pela função administrativa.

No Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, de todas as severas condenações dirigidas ao Estado, entre elas investigar e punir os homicídios e torturas, ou conceder tratamento psicológico e psiquiátrico às vítimas e fornecimento gratuito de medicamentos, apenas a condenação de publicação da sentença e pagamento de custas processuais foi cumprida integralmente até o momento.¹⁶²⁰ Além disso, em relatório sobre a situação de direitos humanos no Brasil a Comissão IDH identificou a manutenção de práticas letais das polícias brasileiras dirigidas contra a população, oportunidade em que expediu várias recomendações para alteração do cenário de violência policial vivido no país e que se volta especialmente contra as populações periféricas mais vulneráveis.¹⁶²¹

¹⁶¹⁹ COVILLA MARTINEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019. p. 18-19.

¹⁶²⁰ CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença de 25 nov. 2021.

¹⁶²¹ “Reformar protocolos e diretrizes de organismos locais, estaduais e federais responsáveis pela aplicação da lei, de modo a garantir que cumpram com os parâmetros internacionais sobre: a. Uso da força com base nos

Poderia nesse caso de descumprimento contumaz da condenação internacional as autoridades administrativas dotadas de alguma competência vinculada ao comando da sentença da Corte IDH, ou mesmo autoridades integrantes dos órgãos de controle, instaurar procedimento administrativo de controle de convencionalidade, que instruído com documentação pertinente poderia fundamentar uma declaração interna de inconveniência por omissão de cumprimento de sentença internacional.

Outro exemplo demonstrativo da técnica pode ser extraído da condenação do Brasil no Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares (2020). No caso, entre as condenações dirigidas ao Estado estão: “oferecer de forma gratuita tratamento médico, neste compreendido o serviço psicológico e psiquiátrico às vítimas; realizar ato público reconhecendo a responsabilidade internacional; obrigação de inspecionar periódica e sistematicamente os locais em que fogos de artifício são produzidos; relatar o andamento do PLS 7433/2017; promover a inserção dos trabalhadores na fabricação de fogos de artifício ou em outros mercados de trabalho; apresentar relatório envolvendo a aplicação das Diretrizes Nacionais sobre Direitos Humanos (...).”¹⁶²²

Nessa linha, a Corte IDH impõe na sentença inspeção periódica pelos órgãos de polícia administrativa às fábricas de fogos de artifício, conduta imprescindível para manutenção do direito ao trabalho (arts. 6 e 7 do Protocolo de San Salvador); do direito ao meio ambiente sadio (art. 11 do Protocolo de San Salvador) e à vida (art. 4 da CADH) dos trabalhadores da área. Qualquer omissão dos órgãos de polícia administrativa no tocante àquele dever, que compete entre outros entes da função administrativa ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO)¹⁶²³, deve ser declarada inconveniente, inclusive em procedimento de controle de convencionalidade nacional.

princípios da legalidade, proporcionalidade, e absoluta necessidade; b. Exceções nas quais se autorize o uso da força mortal segundo critérios objetivos; c. Táticas de redução de tensões e uso de armas não letais; d. Proibição da tortura e dos tratamentos ou penas cruéis, inumanos ou degradantes; e. Em situações de protesto, respeito e facilitação do exercício da liberdade de reunião e manifestação, além de protocolos de contenção, técnicas de abordagem e uso de armas não letais.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. p. 196. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023).

¹⁶²² LEAL, Mônia Clarissa Henning; SOUZA, Celso Jerônimo. O atendimento pelo Brasil das medidas impostas nos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Rios**, a. 17, n. 34, p. 225-247, jun./2022. p. 238

¹⁶²³ (Lei n. 9.933/1999) “Art. 1º Todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor. Art. 2º O Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Conmetro, órgão colegiado da estrutura do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 11 de dezembro de 1973, é competente para expedir atos normativos e regulamentos técnicos, nos campos da Metrologia e da Avaliação da Conformidade de produtos, de processos e de serviços.”

Dita declaração de inconvenção deve acontecer na função administrativa, a fim de gerar efeitos de publicidade e mesmo responsabilização daqueles que se recusam a cumprir a condenação. Defende-se no modelo de controle de convencionalidade nacional que o INMETRO e mesmo outros órgãos administrativos de outros níveis federativos responsáveis pela política de proteção dos trabalhadores e pela fiscalização da atividade econômica das fábricas de fogos têm competência para instaurar de ofício ou a pedido de interessados o procedimento próprio de averiguação, instrução e eventual declaração de inconvenção por descumprimento da decisão internacional. Dita declaração servirá ao menos à publicidade da renitência dos órgãos de Estado brasileiro em dar cumprimento à condenação internacional, medida jurídica cujos efeitos declaratórios servem de fomento e pressão ao atendimento ao comando da sentença.

Sustenta-se que enquanto não há a – necessária – regulação da técnica, a declaração de inconvenção por omissão no cumprimento de decisão internacional pode acontecer por parte de qualquer autoridade que para exercício de suas próprias competências careça do cumprimento da decisão.

Tome-se como exemplo disso o da medida provisória da Corte IDH adotada no Assunto Membros dos Povos Indígenas Yanomami, Ye'kwana e Munduruku a Respeito do Brasil, de 1º de julho de 2022.

Com base no art. 63.2 a Comissão IDH provocou medida provisória da Corte IDH diante de fatos que colocavam em risco a saúde, integridade e vida dos povos indígenas Yanomami, Ye'kwana e Munduruku por parte de garimpeiros que atuam ilegalmente na região norte do Brasil. Após analisar a documentação que justificava o alto risco de danos aos direitos humanos daquelas populações indígenas, a Corte IDH resolveu requerer ao Estado que adotasse “medidas necessárias para proteger efetivamente a vida, a integridade pessoal, a saúde e o acesso à alimentação e à água potável dos membros dos Povos Indígenas Yanomami, Ye'kwana e Munduruku, sob uma perspectiva culturalmente adequada, com enfoque de gênero e etária”; as “medidas necessárias para prevenir a exploração e a violência sexual contra as mulheres e crianças dos Povos Indígenas beneficiários”¹⁶²⁴, entre outras medidas de proteção à integridade física dos beneficiários ameaçados e de prestação de informações sobre o cumprimento das determinações.

Mas pelo menos até fevereiro de 2023 nenhuma medida efetiva havia sido empreendida pelo Estado brasileiro para dar cumprimento à medida provisória da Corte IDH,

¹⁶²⁴ CORTE IDH. Assunto Membros dos Povos Indígenas Yanomami, Ye'kwana e Munduruku a Respeito do Brasil, de 1º de julho de 2022. Publicado em 01 jun. 2022. § 54.

o que gerou um cenário de inconveniência por omissão que poderia ser declarado por qualquer autoridade administrativo que, para o fiel exercício de suas atribuições, necessitasse de atendimento à medida provisória. Seria o caso, por exemplo, do exercício da técnica de controle por autoridade da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) que carecesse de cumprimento da medida provisória por parte de órgãos da Polícia Federal, competentes para a proteção da integridade física dos beneficiários da medida provisória.

Somente no início de fevereiro de 2023 a omissão inconveniente iniciou a reversão com a deflagração da Operação Libertação contra o garimpo ilegal que integrada por Polícia Federal, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), FUNAI, Força Nacional e Ministério da Defesa.¹⁶²⁵ Como resultado, muitos garimpeiros se evadiram da região¹⁶²⁶, e passados três meses do início da operação o Ibama informou que “foram destruídos 327 acampamentos de garimpeiros, 18 aviões, dois helicópteros, centenas de motores e dezenas de balsas, barcos e tratores” e “apreendidas 36 toneladas de cassiterita, 26 mil litros de combustível, além de equipamentos usados por criminosos.”¹⁶²⁷

Defende-se que, se implantado o modelo de controle de convencionalidade proposto, o cumprimento da medida provisória poderia ser monitorado e instruído por procedimento próprio, em que se constatada a inércia do Estado em tomar as medidas indicadas pela Corte IDH declarar-se-ia a inconveniência por omissão. O que resulta senão em efeitos suficientes para dar efetividade à medida, ao menos em publicização do descumprimento da determinação internacional por ato administrativo declaratório de órgãos da função administrativa do próprio Estado.

Novamente, os contornos exatos daquela competência e seu exercício com segurança jurídica dependem de regulação legal. O ideal é que seja editada lei nacional que delimite o modo de cumprimento de obrigações de fazer e não fazer derivadas de decisão internacional, da Corte e da Comissão IDH.

¹⁶²⁵ PF inicia Operação Libertação para combater garimpo ilegal em terras Yanomami. **Gov.br**, Serviços e Informações do Brasil. 10 fev. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2023/02/pf-inicia-operacao-libertacao-para-combater-garimpo-ilegal-em-terras-yanomami>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁶²⁶ A pé e de barco, garimpeiros fogem da Terra Yanomami após governo impedir garimpo na região. **G1**. 08 fev. 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2023/02/08/a-pe-e-de-barco-garimpeiros-fogem-da-terra-yanomami-apos-governo-impedir-garimpo-na-regiao-fotos.ghml>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁶²⁷ Investigação: garimpo em área yanomami é mantido por crime organizado. **Agência Brasil**. 02 maio 2023. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-05/investigacao-garimpo-em-area-yanomami-e-mantido-por-crime-organizado>>. Acesso em 14 nov. 2023.

No art. 68.2 da CADH consta apenas a identificação sobre a obrigação de pagar a que condenado o Estado, que deve seguir o procedimento interno de execução contra a Fazenda Pública.¹⁶²⁸ Mas para as demais eficácias das sentenças internacionais a CADH nada dispõe, e cabe aos Estados definirem as formas de cumprimento das demais obrigações impostas.

Até o presente momento no Brasil não há lei própria sobre o cumprimento de decisões internacionais, e por determinação do citado art. 68.2 há apenas segurança de que uma condenação de natureza pecuniária deve ser executada na Justiça Federal, segundo as regras dos arts. 109, III e 100 da Constituição e arts. 910, 534 e 535 do Código de Processo Civil.¹⁶²⁹ Há, portanto, uma lacuna no processo executório das demais espécies de obrigação de dar, fazer, não fazer, entregar. Há impasse quando uma condenação é dirigida aos Poderes Legislativo e Judiciário¹⁶³⁰, mas igualmente quando dirigida ao Poder Executivo ou outros órgãos que desempenham função administrativa.

Em 2016 foi iniciado o Projeto de Lei do Senado Federal n. 220/2016 que dispunha sobre o cumprimento das decisões da Comissão e da Corte IDH, que abarcava decisões de natureza cautelar, de mérito e até de solução amistosa de controvérsias. O projeto previu procedimento próprio para as obrigações de pagar com orçamento próprio da União Federal, a iniciar diretamente no âmbito administrativo, e inovava ao dispor de procedimento para cumprimento de obrigações de outras naturezas, a exemplo do previsto no art. 8º:

Art. 8º Quando as decisões ou sentenças não forem de caráter indenizatório, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de acordo com suas competências, devem cessar imediatamente a situação que houver sido considerada violação aos direitos humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotando medidas administrativas, propugnando medidas judiciais ou propondo as alterações que se fizerem necessárias no ordenamento jurídico.

(...)

Art. 10 Na hipótese da violação de direitos humanos decorrente de ação ou omissão de Estado, de Município ou do Distrito Federal, poderá a União acionar o respectivo

¹⁶²⁸ (CADH) “Art. 68.2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

¹⁶²⁹ SOUZA, Nevitton Vieira. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 343-356, 2018. p. 351-352.

¹⁶³⁰ Como afora o pagamento de indenizações não há procedimento definido em lei para cumprimento de sentenças internacionais, as condenações à realização de “atos a serem realizados pelo Legislativo e Judiciário – dever de investigar, processar e julgar; conclusão célere de processos judiciais; implementação de política legislativa, mediante a criação ou revogação de normas; dentre outras -, continuam com impasses institucionais, na medida em que inexistem caminho normativo pavimentado em abstrato.” (SOUZA, Nevitton Vieira. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 343-356, 2018. p. 352).

ente federativo por meio de ação junto ao Supremo Tribunal Federal para que es.
(sic)

Art. 11 Fica criado conselho deliberativo para a apreciação dos procedimentos estabelecidos nesta lei, composto por:

- I. Um representante da Advocacia-Geral da União;
- II. Um representante da Defensoria Pública da União;
- III. Um representante da Órgão responsável, no âmbito da Administração Pública Federal, pelo tema dos Direitos Humanos;
- IV. Um representante da Ministério Público Federal;
- V. Um representante da Ministério das Relações Exteriores; e
- VI. Três representantes das Organizações da sociedade civil ligadas à defesa dos Direitos Humanos.

§ 1º O conselho previsto no caput poderá criar comitês para tratar de temas ou casos específicos.

§ 2º Os representantes da sociedade civil serão escolhidos entre nomes indicados pelos órgãos previstos nos incisos de I a V do caput, através de processo de seleção pública de ampla divulgação, com critérios transparentes e que considerem a experiência das organizações da sociedade civil participantes na atuação junto ao Sistema Internacional de Direitos Humanos.

O projeto, no entanto, foi arquivado no final da legislatura de 2022, nos termos do art. 332 do Regimento Interno do Senado Federal.¹⁶³¹ Apesar de seu arquivamento, resguardava no art. 8º uma competência genérica para cada ente da federação tomar as providências para cumprimento da decisão internacional, o que em caso de omissão se sujeitaria a processamento judicial pela União Federal perante o STF.

O projeto não especificava o tipo de ação que a União Federal deveria manejar e quais os instrumentos de coação que poderia o STF utilizar para constranger uma autoridade competente para o cumprimento da decisão. Mas não é despidendo sugerir que a declaração de inconveniência por omissão, via procedimento administrativo, ao menos serviria de prova indiciária do descumprimento da decisão internacional, contribuindo para o juízo de cognição sumária ou exauriente do STF a respeito da controvérsia.

¹⁶³¹ (Regimento Interno do Senado Federal) “Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto: I – as originárias da Câmara ou por ela revisadas; II – as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos; III – as apresentadas por Senadores no último ano de mandato; IV – as com parecer favorável das comissões; V – as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49); VI – as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52); VII – pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3º e 4º, EC nº 35/2001). § 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado. § 2º Na hipótese do § 1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente.”

Até que legislação própria seja editada, análoga aos termos do projeto de lei citado ou com teor diferente e mais detalhado, defende-se com fundamento na interpretação *pro persona* e no princípio da instrumentalidade das formas que pode a função administrativa deflagrar procedimentos de declaração de inconvencionalidade por omissão de descumprimento de sentença internacional, como forma ao menos de dar publicidade ao descumprimento da condenação ou medida cautelar internacional e assim viabilizar a atuação dos órgãos competentes para o controle e impulsionamento do cumprimento da decisão da Corte IDH ou Comissão IDH.

CONCLUSÃO

A despeito do reconhecimento do caráter democrático do Estado de Direito no Brasil, a Comissão IDH em 2021 externalizou em relatório sobre a situação dos direitos humanos no país preocupação com “desafios e retrocessos” em diversas áreas. O relatório foi elaborado após visita ao Brasil entre 5 e 12 de novembro de 2018, oportunidade em que a Comissão IDH observou “que o país enfrenta desafios na superação de aspectos estruturais historicamente negligenciados, bem como apresenta preocupantes retrocessos em algumas políticas que podem resultar em impactos negativos sobre os direitos humanos de sua população.”¹⁶³² Segundo a Comissão, a desigualdade e a discriminação são problemas estruturais do Estado brasileiro.¹⁶³³

Essa é a realidade do Brasil do século XXI, à qual o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode contribuir com a proposição das técnicas jurídicas adequadas à efetividade dos direitos humanos, especialmente dos grupos vulneráveis. Entre essas técnicas está o controle de convencionalidade internacional e nacional.

No século XIX e XX a preocupação dos juristas foi a de, a partir de um paradigma de Estados absolutamente soberanos interna e externamente, estabelecer a relação entre o Direito interno e internacional. Mas justamente em função do paradigma de análise, as construções teóricas tendiam a admitir um par limitado de opções, logicamente sempre a partir do que a Constituição estatal previa. Ou o ordenamento era dualista ou era monista, sendo neste último caso com prevalência da ordem interna ou externa. A inestimável construção teórica de Hans Kelsen, seja no seu famoso Teoria Pura do Direito, seja nas outras obras que produziu, condensam os anos de desenvolvimento do tema e significam, ao menos na cultura e no imaginário dos operadores do Direito, o ápice da teorização jurídica dos últimos duzentos anos.

Desde a intensificação da experiência comunitária europeia, na década de 90, vários autores buscam interpretar e descrever teoricamente como se dá o processo de interação

¹⁶³² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. p. 12/17. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

¹⁶³³ Consta no relatório que “o Estado segue apresentando um cenário de extrema desigualdade social baseada na discriminação estrutural contra pessoas afrodescendentes e comunidades tradicionais quilombolas, indígenas, pessoas camponesas e trabalhadoras rurais, pessoas que vivem na pobreza ou em situação de rua, mulheres e pessoas LGBTI. Na análise da CIDH, a concentração de renda e a discriminação baseada na raça, origem social, em estereótipos de sexo, gênero, orientação sexual e idade resultaram na exclusão histórica desses grupos, que permanecem em situação de extrema vulnerabilidade.” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. p. 187. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

jurídica das fontes nacionais, internacionais e supranacionais. O reconhecimento da insuficiência da teoria constitucional que vigorava até então, estadocêntrica, levou à necessidade de descrever e de tornar inteligíveis as mudanças que se impõem frente o quadro conceitual antigo (mas que ainda hoje prevalecem, no século XXI, em que pelo menos no Brasil o senso comum jurídico e da teoria do Estado domina). As diversas tentativas e as diversas nomenclaturas que se pode emprestar ao fenômeno de quebra da Constituição rígida estatal soberana e suprema por vezes confundem o que se passa. E claro, influenciam as tomadas de decisão, pois os agentes públicos responsáveis decidem de acordo com a compreensão de mundo e do ordenamento jurídico que têm. Se essas compreensões variam ao sabor da teoria que o responsável pela decisão adere, tantas hipóteses decisórias haverá quanto teorias.

No Brasil, o necessário discurso da supremacia da Constituição levado ao extremo – o que se justificava como reação e estratégia de efetivação da Constituição de 1988 pós-ditadura militar – obstaculizou ao longo dos últimos 30 anos o desenvolvimento de práticas permeáveis ao Direito Internacional e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. No âmbito do Direito Comunitário, talvez essa seja uma explicação para os entraves que enfrenta o Mercosul, apesar da clareza do art. 4º, parágrafo único da Constituição Federal.¹⁶³⁴

O que esta tese toma como relevante para entender o fenômeno jurídico - dentro dos marcos de uma teoria que admite o Estado como instituição predominante ao lado do mercado – é a centralidade do ser humano e do ambiente em que vive como pontos nevrálgicos de fundamentação e compreensão da instância jurídica, do Direito. Defende-se que os direitos humanos são centrais no entrelaçamento e coordenação de fontes jurídicas heterogêneas e múltiplas existentes no que se classificou como Estado Convencional de Direito no Capítulo 2. O que se quer sustentar é que a centralidade da Constituição e dos direitos fundamentais nela previstos está acompanhada da centralidade dos direitos humanos a proteger e garantir mundialmente em tratados internacionais, independentemente do que digam as diversas Constituições – a não ser que digam *melhor* do que direitos humanos previstos em outras fontes normativas, em correspondência com o princípio *pro persona*.

A finalidade do Estado não deve ser garantir a ordem pública ou algum outro objetivo conservador. Nos Estados comprometidos com a vida digna o fim que lhes deve mover é o atendimento completo das necessidades do ser humano em comunidade. Preservar

¹⁶³⁴ (Constituição Federal) “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”

a dignidade do ser humano e elevar-lhe o patamar de vida em todos os aspectos sociais e econômicos deve ser o objetivo e razão de ser do Estado como instituição contemporânea.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o que se buscou justificar foi que o controle de convencionalidade é a técnica jurídica que tem o potencial de condensar aqueles objetivos do Estado, e que por isso deve ser recepcionada e aperfeiçoada, de acordo com os argumentos favoráveis à adesão da técnica e sobre os quais se discorreu na tese. Em consonância com as normas editadas pelo constituinte, sustentou-se que foi uma opção do próprio Estado brasileiro aderir à CADH (Decreto n. 678/1992) e à competência interpretativa e contenciosa da Corte IDH (Decreto n. 4.463/2002).

Nesse sentido, há sobretudo assento normativo para adesão à técnica do controle de convencionalidade nos art. 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), nos arts. 4º, II e IX e 5º, §§ 1º a 3º da Constituição Federal e art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), como demonstrado no Capítulo 1.2.2., sendo a corrente extensiva da técnica a que reconhece melhores patamares de proteção dos direitos humanos, conforme defendido no Capítulo 2.2.2.

Há vantagens em recepcionar o controle de convencionalidade nacional de modo amplo, não apenas no exercício da função jurisdicional, o que apenas contribuiria para uma visão recortada e demasiadamente judicial dos direitos humanos. Defendeu-se, assim, que à função administrativa do Estado também deve ser reconhecida a competência para exercer o controle de convencionalidade, na sua máxima extensão. Ou seja, sem adesão a graus ou intensidades de controle, mas com a possibilidade até mesmo de recusa da aplicação de normas e práticas inconventionais, seja qual for a natureza ou hierarquia da norma objeto de controle; seja qual for a hierarquia funcional da autoridade da qual emanou a norma ou a prática inconveniente; e seja qual for a hierarquia funcional da autoridade com competência decisória para declarar a inconveniente de norma ou prática (inclusive de omissão).

A proposta pressupõe que a fragmentação da competência de controle de convencionalidade entre vários órgãos administrativos é ainda salutar para combater a postura autoritária da Administração Pública brasileira, que funciona muitas vezes em atropelo aos direitos fundamentais e humanos. Há vários exemplos recentes e recorrentes de desmandos cometidos por agentes da função administrativa, em patente contrariedade com os tratados de direitos humanos, todos explorados no Capítulo 3 da tese. Ao permitir que no exercício da função administrativa qualquer agente público com competência decisória realize controle de convencionalidade preventivo, repressivo ou por omissão, sempre limitado ao âmbito de suas competências, há um aumento do grau de proteção e efetivação dos direitos humanos

convencionais no plano da realidade. Pois os tratados e declarações de direitos humanos são firmados para serem cumpridos.

A ausência de regulação não pode impedir que, para expandir direitos e melhor protegê-los, se autorize às autoridades administrativas a controlar a convencionalidade de normas e práticas, inclusive decisões judiciais, como se demonstrou no Capítulo 3. Mais que desorganização, insegurança jurídica ou descontrole, defendeu-se que ao estender a competência de controle de convencionalidade à função administrativa há um ganho de efetividade na aplicação e preservação de direitos humanos.

No entanto, para que não haja um exercício inconsequente da técnica, o modelo defendido exige a procedimentalização do controle de convencional, que deve acontecer sempre por escrito e motivadamente pelos agentes públicos em procedimentos administrativos, sob pena de admitir uma recusa arbitrária de respeito à juridicidade. Há exceções, mas temporárias: em caso de urgência admite-se o controle de convencionalidade por recusa de aplicação de norma ou cumprimento de prática por ação ou omissão não escrita. No entanto, tão logo que possível deverá o agente competente para declaração de (in)convencionalidade instaurar o respectivo procedimento a fim de documentar a técnica, o que garante o controle do controle de convencionalidade.

Ao mesmo tempo que o modelo proposto flexibiliza a hierarquia das normas e flexibiliza a hierarquia piramidal na função administrativa, não abandona a lógica hierárquica de estruturação das fontes de Direito e da própria organização administrativa. Assim o é porque a hierarquia, mesmo flexibilizada, está implícita nos direitos humanos ao recurso e ação, previstos no art. 8.2, “h” e art. 25 da CADH.

Ou seja, apesar da possibilidade de todo agente com poder decisório na função administrativa possuir competência para declarar a inconvenção, inclusive de ofício, sua decisão estará sempre sujeita a reforma em grau recursal. Tanto em grau recursal administrativo (ou por meio da autotutela), quanto em grau recursal no sentido amplo previsto no art. 25 da CADH, isto é, mediante exercício do direito humano e fundamental de ação. É preservado, portanto, o sistema de controle interno e externo da função administrativa, a despeito da autorização genérica para exercício de controle de convencionalidade por qualquer agente público com competência decisória (e não só a chefia do Poder Executivo).

O modelo proposto, apesar de fragmentador da competência de controle de convencionalidade para uma multidão de agentes públicos, sequer impede a uniformização de entendimentos em matéria de controle de convencionalidade em órgãos superiores criados para harmonizar a interpretação de direitos humanos frente atos administrativos, leis e normas

constitucionais. É verdade que, na linha do defendido, poderá a função administrativa não alocada na linha hierárquica de um órgão superior fazer controle de convencionalidade sucessivo àqueles entendimentos. Essa possibilidade, ao invés de uma falha no desenho institucional, significa (enquanto não há regulação) um modelo de retroalimentação de argumentos favorável a melhores patamares de proteção de direitos classificados como humanos e convencionais. Ao expandir os sujeitos competentes para o controle de convencionalidade expande-se consequentemente as oportunidades de interpretação, não mais restritas à percepção de mundo do sujeito-juiz.

O afastamento da aplicação do regime jurídico do controle de constitucionalidade para a técnica de controle de convencionalidade é uma constante em todos os capítulos. As técnicas possuem semelhanças e, na origem o controle de convencionalidade ganhou assimilação ao de constitucionalidade na Corte IDH. Mas é preciso ir além e superar a correspondência entre ambos. O controle de convencionalidade é distinto do controle de constitucionalidade, com parâmetros, objeto, efeitos e finalidades distintas. O escopo do controle de convencionalidade, é importante lembrar, está limitado aos direitos humanos e orientado pelo princípio *pro persona*. De forma que pressupõe expansão de direitos mediante interpretações e aplicação de normas mais favoráveis ou menos restritivas ao titular do direito humano exclusivamente.

É importante ressaltar que o modelo defendido decorre do cenário atual em que não há regulação da técnica pelo Estado brasileiro. A regulação do controle de convencionalidade nacional é admitida pela Corte IDH, que não pretende nem nunca pretendeu impor um modelo único, de maneira que a proposta ora apresentada busca, enquanto não existe regulação, um regime que se entende como o mais protetivo possível, orientado pela interpretação pelo princípio *pro persona*.

De lege ferenda, regular a técnica para esclarecer o seu exato alcance quando exercida pela função administrativa é o ideal. Especialmente quando se trata do controle de convencionalidade por omissão, como visto no Capítulo 3, e cujos contornos são ainda imprecisos.

A determinação legal de difusão do conteúdo de direitos humanos convencionais contida na recém promulgada Lei Federal n. 14.583/2023 é uma iniciativa importante para o fortalecimento da cultura de direitos humanos na sociedade e nas Administrações Públicas.¹⁶³⁵

¹⁶³⁵ (Lei n. 14.583 de 16 maio 2023) “Art. 1º Os Poderes Constituídos, na esfera de atuação respectiva, deverão difundir os direitos fundamentais e os direitos humanos, tais como os previstos na Constituição Federal; no Estatuto da Criança e do Adolescente; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; nos Pactos

Mas é apenas parte da estratégia jurídica necessária para dar efetividade real às prescrições contidas em tratados internacionais, que melhor podem ser efetivadas por técnicas jurídicas de operação, como a do controle de convencionalidade em sua interpretação ampla. Assim, o que se defende é que em razão da unicidade do Estado para fins de aplicação dos tratados de direitos humanos, uma emenda constitucional autorize a União Federal a legislar sobre o controle de convencionalidade.

A lei aplicável a todos os níveis federativos asseguraria então os critérios para o exercício da técnica em âmbito nacional, especialmente no exercício da função administrativa dos Poderes e órgãos autônomos de Estado. O modelo da tese, nesse sentido, pretende também sugerir os caminhos legislativos para compatibilizar o regramento do controle de convencionalidade pela função administrativa com a mais efetiva das interpretações da CADH para manejo dos direitos humanos pelo Estado.

O maior desafio do controle de convencionalidade como técnica de impulsão de uma cultura de direitos humanos no Sistema Interamericano é a mentalidade dos operadores jurídicos, que ou o ignoram ou o veem com preconceito e desconhecimento. Mudá-la, para que os operadores jurídicos sejam abertos ao que vem da jurisprudência da Corte IDH é um contributo à implantação do instituto.¹⁶³⁶ Para isso, não é menos importante o investimento em formação, capacitação¹⁶³⁷ e ensino jurídicos, para que a mentalidade dos estudiosos e

Internacionais dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher; na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher; na Convenção sobre os Direitos das Crianças e nos seus Protocolos Adicionais; e no Estatuto da Pessoa Idosa. Art. 2º Constarão nos contracheques mensais dos servidores públicos federais trechos dos instrumentos que consagram os direitos fundamentais e os direitos humanos, especialmente os que se referem às mulheres, às crianças, aos adolescentes e aos idosos. Art. 3º As emissoras públicas de rádio e de televisão deverão incluir em suas programações material alusivo aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, sobretudo os referentes à proteção das mulheres, das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Art. 4º Na publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverão ser exibidos trechos dos instrumentos que consagram os direitos fundamentais e os direitos humanos, notadamente os referentes à proteção das mulheres, das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Art. 5º O cumprimento das medidas previstas nos arts. 2º, 3º e 4º desta Lei deverá atender aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública.”

¹⁶³⁶ “É preciso rever velhos dogmas, repensar antigas verdades, sem perder de vista os fins sociais que continuam a vincular as antigas e as novas formas de agir do Poder Público.” (BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 222).

¹⁶³⁷ PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 143.

artífices do Direitos encare com normalidade o controle de convencionalidade como mais uma técnica cotidiana na prática jurídica.¹⁶³⁸

¹⁶³⁸ CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 94-95.

REFERÊNCIAS

A alta desenfreada do IGP-M e a renegociação dos contratos de locação. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/347856/a-alta-desenfreada-do-igp-m-e-a-renegociacao-dos-contratos-de-locacao>>. Acesso em 14 nov. 2023.

A pé e de barco, garimpeiros fogem da Terra Yanomami após governo impedir garimpo na região. **G1**. 08 fev. 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2023/02/08/a-pe-e-de-barco-garimpeiros-fogem-da-terra-yanomami-apos-governo-impedir-garimpo-na-regiao-fotos.ghml>>. Acesso em 14 nov. 2023.

ABBOTT, Max Silva. ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? **Estudios Constitucionales**, v.18, n. 2, p. 265-308, 2020.

ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de convencionalidade e direitos fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 268, p. 569-584, jun. 2017.

ABOTT, Max Silva. Es realmente viable el control de convencionalidad? **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018.

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-ômega, 1980.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012.

ALESSANDRI, Pablo Saavedra. Algunas reflexiones en cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión**, Querétaro: Instiuto de Estudios Constitucionales e Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Art. 18, *caput*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et al* (Coords.). **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; BYRRO, Carolina de Carvalho. A ação popular no controle da administração pública sob o parâmetro da convencionalidade. **Conhecimento & Diversidade**, Niterói, v. 11, n. 23, p. 28-44, jan./abr. 2019.

ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Controle de convencionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

AMORIM, José Campos. A protecção europeia dos direitos do Homem. **Galileu: Revista de Economia e Direito**, v. 7, p. 139-167, 2002.

ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. **Revista CEJ**, Brasília, a. XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.

APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ARAÚJO, Eduardo Borges Espíndola. **A teoria liberal do poder constituinte: uma análise das críticas a comunidade jurídica às propostas de reforma excepcional da Constituição**. Curitiba: Íthala, 2017.

ARCHEGAS, João Gabriel; GUSSOLI, Felipe Klein; VALLE, Vivian Cristina Lima López. O Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) dez anos depois: desafios para o cumprimento integral pelo Estado brasileiro. **Revista de Direito Internacional**, v. 18, n. 3, p. 372-389, 2021.

ATEHORTÚA, Angie Katherine García; RIVERO, Laura Sofia Ramírez. La supremacía constitucional como disyuntiva para la aplicación del control de convencionalidad en Colombia. **Universitas Estudiantes**, Bogotá, n. 11, p. 87-102, jan./dez. 2014.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira; MELLO, Karen Cristina Correa. A protecção dos direitos sexuais e reprodutivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos e a teoria dos diálogos jurisdicionais. **Questio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 266-292, 2019.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público**, v. 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na

República Federativa do Brasil. Ópera Prima de Derecho Administrativo - **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, México D.F., n. 10, p. 59-114, 2011.

BALBE, Josiana Mallet. O regime disciplinar diferenciado do apenado Norambueña: um caso cristalino de exclusão social. In: **Anais do Congresso Estadual de Teologia**. São Leopoldo: v. 2, 2016. p. 335-351. Disponível em: <<http://anais.est.edu.br/index.php/teologiars/issue/view/6>>.

BANDIERI, Luis Maria. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas. **Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez**. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Octubre, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre Direito Internacional e Direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Miotto. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 11, a. 1, p. 223-256, jan./jun. 2015.

BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional. **Revista de Direito Cosmopolita**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 103-129, 2016.

BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. **Princípio pro persona: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Agora21, 2019.

BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial en el Estado constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Coord.). **Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad**. Bogotá: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile/Fundación Konrad Adenauer, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BIANCHI, Andrea. **International Law theories: an inquiry into different ways of thinking**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BIAZATTI, Bruno de Oliveira. O controle de convencionalidade como mecanismo para garantir a cooperação dos Estados com o Tribunal Penal Internacional. In: MAIA, Luciano

Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018.

BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da lei federal de processo administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. (Coord.). **Processo administrativo brasileiro**: estudos em homenagem aos 20 anos da lei federal de processo administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015.

BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2 p. 232-252, 2019.

BOLFARINI, Isabella. **Força vinculante das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Salvador: Jus Podium, 2019.

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, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez., de 2019.

BOSSI, Pedro Pimenta. **The past that is still present**: a study on the compatibility and legitimacy of judicial decisions on the crimes of the Brazilian military dictatorship. Cambridge: University of Cambridge, Institute of Criminology, 2019.

Brasil tem um novo projeto de lei antitrans por dia, e 'efeito Nikolas' preocupa. **Folha de São Paulo**. 20 mar. 2023. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/03/brasil-tem-um-novo-projeto-de-lei-antitrans-por-dia-e-efeito-nikolas-preocupa.shtml>>. Acesso em 14 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.625. Plenário. Relator Min. Mauricio Correa. Julgamento em 26 maio 2023. Ata da sessão publicada em 07 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.739. Segunda Turma. Relator Min. Dias Toffoli..= Julgamento em 01 mar. 2016. Publicado em 14 jun. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-DF. Tribunal Pleno Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 04 set. 1997. Publicado em 18 maio 2001.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n. 0029739-13.1998.4.05.0000. 3ª Turma. Acórdão por maioria. Publicado em 10 mar. 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação n. 123. Publicado em 11 jan. 2022. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305>>. Acesso em 14 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça/ Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Justiça Pesquisa, 5ª Edição. **Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro. 2023. 310p.

BRASIL. 5ª Vara Federal de Natal-RN. Mandado de Segurança n. 0011029-96.1997.4.05.8400. Sentença de 02 fev. 1998.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. **Manual de redação da Presidência da República**. MENDES, Gilmar Ferreira Mendes, FORSTER JÚNIOR, Nestor (Coord). 3. ed., rev., atual. e ampl. Brasília: Presidência da República, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.153.083/MT. Relator Ministro Sérgio Kukina. Relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa. Primeira Turma. Julgado em 06 nov. 2014. Publicado em 19 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3316, Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 09 maio 2007. Publicado em 29 jun. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 6.309. Relator Min. Luis Roberto Barroso. Julgamento em 27 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n. 843.989. Tribunal Pleno. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 18 ago. 2022. Publicado em 12 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 25.888/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 22 ago. 2023. Publicado em 11 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo Interno. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgamento em 18 set. 2007. Publicado em 26 out. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 403-SE. Decisão monocrática. Rel. Presidente Min. Ricardo Lewandowski. Decisão de 19 jul. 2016. Publicada em 20 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635-RJ. Rel. Min. Edson Fachin. Publicada em 05 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 221-DF. Relator Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Julgamento em 29 mar. 1990. Publicado em 22 out. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 4.656. Relatora Min. Carmen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 19 dez. 2016. Publicado em 04 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 1.394.401-SP. Repercussão Geral. Rel. Min. Rosa Weber. Tribunal Pleno. Publicado 03 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança n. 8.181, Relator Min. Ribeiro da Costa. Tribunal Pleno. Julgado em 04 jan. 1961. Publicado em 30 jan. 1961.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 963/2019-Plenário. Processo TC 028.490/2017-7. Relator Min. Aroldo Cedraz. Sessão de 30 abr. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 554/2023-Plenário. Processo n. 008.923/2022-1. Rel. Min. Weder de Oliveira. Sessão de 22 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. TC 011.535/2020-2. Acórdão n. 2267/2021-Plenário. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 22 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação n. 0308622-71.2019.8.24.0038. 3ª Câmara de Direito Público. Unânime. Sessão de 14 mar. 2023. Publicado em 15 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 4ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 0013596-64.2019.8.16.0131. Julgado em 30 jul. 2021. Publicado em 02 ago. 2021.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017.

BREWER-CARÍAS, Allan R. El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos. p. 1-65, 2012. p. 14. Disponível em: <<http://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2012/09/1107-1-1055-EL-CONTROL-DE-CONVENCIONALIDAD-por-la-Corte-IDH-Y-AMPARO-18-sept.-2012.doc.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo. In: MENDIBLE, Víctor Hernández; MORENO, José Luis Villegas (Coord.). **Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia**: liber amicorum al professor José Araujo Juárez. Caracas: CIDEP/CERECO, 2018.

BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre el control de convencionalidad. Su conceptualización e su necesario deslinde respecto del control de constitucionalidad. Disponível em: <<https://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II,%204,%20786-%20Brewer.%20SOBRE%20EL%20CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD.%20Homenaje%20Pellerano.%20Rep%20Dominicana%202012.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

BULOS, Ueadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, a. 12, n. 1, p. 105-161, 2014.

BUZUID, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 62, n. 2, p. 37-62, 1966.

CABRAL, Flávio Garcia Cabral. **Medidas cautelares administrativas**: regime jurídico da cautelaridade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, Brasília, v. 7, p. 109-122, 2019.

CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional: correntes doutrinárias. Controvérsia. **Revista Jurídica da Procuradoria Jurídica do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011.

CANTOR, Ernesto. Controles de convencionalidad de las leyes. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coords.). **La ciencia del Derecho Procesal Constitucional**: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Tomo IX. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in comparative perspective. **California Law Review**, n. 5, v. 58, p. 1017-1053, out. 1970.

CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Org.). **Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional**. México: UNAM, 2011.

CARVALHO, Raquel. Inconstitucionalidade pela Administração Pública - dificuldades e limites. 26 ago. 2019. Disponível em: <<http://raquelcarvalho.com.br/2019/08/26/inconstitucionalidade-pela-administracao-publica-dificuldades-e-limites/>>. Acesso em 14 nov. 2023.

CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019.

CASALS, Maria Angelica Benavides. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). **Estudios Constitucionales**, v. 15, n. 2, p. 365-388, 2017.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. ¿Controle interno o difuso de convencionalidad. Una mejor idea: la garantía de tratados. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México D.F, v. XIII, p. 51-97, 2013.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. **Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 64, p. 87-125, jul./dez. 2016.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. **Revista Derecho del Estado**, n. 33, p. 149-172, jul./dez. 2014.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. El llamado control de convencionalidad en la jurisprudencia del Poder Judicial Federal Mexicano: realidades de un mito. **Anuario de Derechos Humanos del Instituto de la Judicatura Federal**, n. 1, p. 317-346, 2017.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. **Estudios Constitucionales**, a. 14, n. 2, p. 53-100, 2016.

CYRILLO, Carolina; FUENTES-CONTRERAS, Édgard Hernán; LEGALE, Siddharta. Inter-american Rule of Law in South American. **Sequência**, Florianópolis, v. 42, p. 1-27, 2021.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

CNJ. Proposta orçamentária do Poder Judiciário para 2023 é aprovada pelo CNJ. 23 SET. 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/proposta-orcamentaria-do-poder-judiciario-para-2023-e-aprovada-pelo-cnj/>>. Acesso em 14 nov. 2023.

COLANTUONO, Pablo Á. Gutiérrez. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas

dimensiones del controle. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019.

COLANTUONO, Pablo Angel Gutierrez. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.

COMISSÃO IDH. Comunicado de Imprensa n. 215 de 03 set. 2019. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/215.asp>>. Acesso em 14 nov. 2023.

COMISSÃO IDH. Resolução 43/2016. Medida Cautelar n. 302/2015. Assunto dos Adolescentes privados de liberdade no Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente Cedro, do Estado de São Paulo, a respeito do Brasil. 21 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC302-15-PT.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Situação dos direitos humanos no Brasil**: Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 12 de fevereiro de 2021. p. 170. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

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 Juris, 2016.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin; PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018.

CONFORTI, Simón. Estudio acerca del denominado proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: implicancias políticas y jurídicas. **Revista Internacional de Derechos Humanos**, a. 3, n. 3, p. 25-44, 2013.

CONTESSÉ, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016.

COOK JUNIOR, Peter John Arrowsmith. A recusa à aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 34, n. 136, out./dez. 1997.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. O controle de convencionalidade e a reforma trabalhista: adequação da Lei nº 13.467, de 13.07.2017 aos padrões regulatórios da Organização Internacional do Trabalho. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de Direitos Humanos**: repercussão jurídica das opiniões consultivas. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE IDH. Assunto de Viviana Gallardo e otros. Resolução de 15 jul. 1981.

CORTE IDH. Assunto Membros dos Povos Indígenas Yanomami, Ye'kwana e Munduruku a Respeito do Brasil, de 1º de julho de 2022. Publicado em 01 jun. 2022.

CORTE IDH. Assunto Pessoas Privadas de Liberdade na Penitenciária Evaristo de Moraes a Respeito do Brasil. Medida Provisória de 21 mar. 2023.

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentença de 26 set. 2006.

Corte IDH. Caso Angulo Losada vs. Bolívia. Voto concorrente do juiz Rodrigo Mudrovitsch. Sentença de 18 nov. 2022.

CORTE IDH. Caso Apitz Barbera e outros vs. Venezuela. Sentença de 05 ago. 2008.

CORTE IDH. Caso Atala Riffo e Crianças vs. Chile. Sentença de 24 fev. 2012.

CORTE IDH. Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá. Sentença 02 fev. 2001.

CORTE IDH. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. Sentença de 26 nov. 2010.

CORTE IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Peru. Sentença de 03 dez. 2001.

CORTE IDH. Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala. Sentença de 22 nov. 2004.

CORTE IDH. Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru. Sentença de 30 maio 1999.

CORTE IDH. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador. Sentença de 21 nov. 2007.

CORTE IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Sentença de 1º jul. 2011.

CORTE IDH. Caso Cinco Pensionistas vs Peru. Sentença 28 fev. 2003.

CORTE IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz e seus membros vs. Honduras. Sentença de 08 out. 2015.

CORTE IDH. Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana. Sentença de 28 ago. 2014.

CORTE IDH. Caso do Tribunal Constitucional vs. Peru. Sentença de 31 jan. 2001.

CORTE IDH. Caso Duque vs. Colômbia. Sentença de 26 fev. 2016.

CORTE IDH. Caso Durand e Ugarte vs. Peru. Sentença de 16 ago. 2000.

CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Sentença de 16 fev. 2017.

CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença de 25 nov. 2021.

CORTE IDH. Caso Fernández Ortega e outros vs. México. Sentença de 30 ago. 2010.

CORTE IDH. Caso Fontevecchia e D’Amico vs. Argentina. Supervisão de cumprimento de sentença de 18 out. 2017.

CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Sentença de 24 fev. 2011.

CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Supervisão de cumprimento de sentença de 19 nov. 2020.

CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Supervisão de cumprimento de sentença de 20 mar. 2013.

CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. Sentença de 24 nov. 2010.

CORTE IDH. Caso Granier e outros (Radio Caracas Televisão) vs. Venezuela. Sentença de 22 jun. 2015.

CORTE IDH. Caso Gutierréz Soler vs. Colômbia. Sentença de 12 set. 2005.

CORTE IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentença de 12 ago. 2008.

Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia Supervisão de cumprimento de sentença de 09 set. 2022.

CORTE IDH. Caso La Catunta vs. Peru. Sentença de 29 nov. 2006.

CORTE IDH. Caso Las Palmas vs. Colômbia. Voto concorrente do juiz Cançado Trindad. Sentença de 06 dez. 2001.

CORTE IDH. Caso Lhaka Honhat vs. Argentina (“Nuestra Tierra”). Sentença de 06 fev. 2020.

CORTE IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentença de 30 jan. 2014.

CORTE IDH. Caso López Lone e outros vs. Honduras. Sentença de 5 out. 2015.

CORTE IDH. Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Sentença de 3 maio 2016.

CORTE IDH. Caso Massacre de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador. Sentença de 25 out. 2012.

CORTE IDH. Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia. Sentença de 30 nov. 2012.

CORTE IDH. Caso Massacre do Rio Negro vs. Guatemala. Sentença de 4 set. 2012.

CORTE IDH. Caso Mendonza e outros vs. Argentina. Sentença de 13 maio 2013.

CORTE IDH. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Sentença de 26 maio 2001.

CORTE IDH. Caso Meninos da Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala. Voto concorrente de A.A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli). Sentença de 19 nov. 1999.

CORTE IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez. Sentença de 25 nov. 2003.

CORTE IDH. Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana. Sentença de 28 ago. 2014.

CORTE IDH. Caso Pollo Rivera e outros vs. Peru. Sentença de 21 out. 2016.

CORTE IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguai. Sentença de 31 ago. 2004.

CORTE IDH. Caso Saramaka vs. Suriname. Sentença de 28 nov. 2007.

CORTE IDH. Caso Suárez Peralta vs. Equador. Sentença de 21 maio 2013.

CORTE IDH. Caso Suárez Peralta vs. Equador. Sentença de 21 maio 2013.

Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Equador. Sentença de 12 nov. 1997.

CORTE IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez. Sentença de 04 set. 2004.

CORTE IDH. Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru. Supervisão de cumprimento de sentença de 01 set. 2021.

CORTE IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguai. Voto concorrente do juiz Sérgio Garcia Ramirez. Sentença de 26 set. 2006.

CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentença de 29 jul. 1988.

CORTE IDH. Caso Yatama vs. Nicarágua. Sentença de 23 jun. 2005.

CORTE IDH. Casos Baena Ricardo e outros vs. Panamá. Sentença de 02 fev. 2001.

CORTE IDH. Casos López Mendoza vs. Venezuela. Sentença de 1 set. 2001.

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 jul. 2006.

CORTE IDH. Informe Anual 2021. Função Contenciosa/Supervisão de Cumprimento de Sentença. 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2021_informe_05.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

CORTE IDH. Informe Anual 2021. Funcionários/as da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2021_informe_18.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

CORTE IDH. Informe Anual 2021. Gestão Financeira. 2021. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/images/informes/2021_informe_09.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

CORTE IDH. Medida provisória no Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo Do Tatuapé” da FEBEM. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 30 de Novembro de 2005 Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_02_portugues.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 10/1989. Interpretação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem no marco do art. 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 14 jul. 1989.

CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 14/1994. Responsabilidade internacional por expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção (Arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Publicada em 9 dez. 1994.

CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 21/2014. Direitos e garantias de meninas e meninos no contexto da migração e/ou com necessidade de proteção internacional. 19 ago. 2014.

CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 23/2017. Publicada em 15 nov. 2017.

CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 24/2017. Publicada em 24 nov. 2017.

CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 4/1984. Proposta de Modificação da Constituição Política da Costa Rica relacionada com a naturalização. Publicada em 19 jan. 1984.

CORTE IDH. Opinião Consultiva n. 6/86. Sobre a expressão “leis” do artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Publicada em 9 maio 1986.

CORTE IDH. Opinião Consultiva n.16/1999. O direito à informação sobre a assistência consulta no marco das garantias do devido processo legal. 01 out. 1999.

COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019.

CUBIDES CÁRDENAS, Jaime (Org.). **El control de convencionalidad**: fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.

CYRINO, André Rodrigues. Controle de constitucionalidade. Descumprimento de lei reputada inconstitucional pelo Poder Executivo. Atribuição do Governador do Estado. Enunciado nº 3-PGE. Revisão. Precedente: Parecer nº 01/94-RFSOS; Parecer nº 12/95-RB. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 67, p. 311-380, 2013.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. **Revista de Direito Administrativo-RDA**, Rio de Janeiro, v. 274, p. 175-208, jan./abr., 2017.

CYRINO, André; NUNES, Daniel Capecchi. A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, p. 175-198, out./dez. 2017.

DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019.

Desmonte da política ambiental é entrave para economia, dizem especialistas. **Agência Senado**. 22 jun. 2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/22/desmonte-da-politica-ambiental-e-entrave-para-economia-dizem-especialistas>>. Acesso em 14 nov. 2023.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. El diálogo jurisdiccional sobre derechos humanos y el surgimiento de la red internacional de cortes constitucionales. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Arcaro (Org.). **Diálogo entre Cortes**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2016.

DÍAZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019.

DÍAZ, Álvaro Paul. The emergence of a more conventional reading of the conventionality control doctrine. **Revue Générale de Droit**, v. 49, p. 275-302, fev. 2019.

DÍAZ, Álvaro Paúl. Una paradoja interamericana? Chile, um Estado que cumple las sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pero impusla su reforma. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 59-85, jan./abr. 2020.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A.. On the limits of constitutional liberalism: in search of constitutional reflexivity. In: DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A. (Eds.). **Constitutionalism Beyond Liberalism**. Cambridge University Press, 2016.

DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015.

DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *et al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014.

DUPRAT, Deborah. A Convenção 169 da OIT e o Direito à Consulta Prévia, Livre e Informada. P. 167-191. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2020.

EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, abr. 1959.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ESTRADA, Lisandra R. D. Comentário ao art. 46. In: GUERRA, Sidney *et al.* (Org.). **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

EXAME. “Moradores de rua em SP são acordados com jatos de água, diz CBN”, Valéria Bretas, publicado em 19 jul. 2017. Disponível em: < <https://exame.com/brasil/moradores-de-rua-em-sp-sao-acordados-com-jatos-de-agua-diz-cbn/>>. Acesso em 14 nov. 2023.

FACHIN, Melina Girardi. **Fundamentos dos direitos humanos: teoria e prática na cultura da tolerância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FALCÃO JUNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt. Comprimento de medidas provisórias impostas pela Corte Interamericana no Caso do Complexo Prisional do Curado: desafios do Ministério Público Federal no controle de convencionalidade. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política (RIFP)**, n. 17, p. 31-45, 2001.

FERRARI, Gisela; LÓPEZ POLETTI, Fátima. El control de convencionalidad: ¿Un punto de llegada o un camino interpretativo? Una reflexión sobre los alcances de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo**, Buenos Aires, v. 5, n. 5, 2022.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis. Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 317-330, jan./abr. 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

FISHER, Mark. **Realismo capitalista: é mais fácil imaginar o fim do mundo do que o fim do capitalismo?** São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

FLAX, Gregorio. La sumisión del Derecho Administrativo a los tratados internacionales de derechos humanos. **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, Ciudad de México, a. 8, n. 16, p. 353-382, jul./dez.2014.

FRANCO, Fernanda Cristina; PETERKE, Sven. Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010.

FRIEDRICH, Scheila Friedrich. **Normas Imperativas do Direito Internacional Público: Jus Cogens**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

GABARDO, Emerson. Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 75-116, 1999.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. Constitucionalidad y convencionalidad en Colombia: el diálogo entre las cortes. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 31-50, jan./mar. 2021.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, n. 28, p. 9-32, jul./dez. 2006.

GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016.

GERBER, Konstantin; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle interno do Poder Executivo e as parcerias sociais: quando os direitos humanos dependem da gestão pública. In: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JR., Nelson (Coord.). **Crise dos Poderes da República**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. **Controle de convencionalidade no Poder Judiciário**: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M. La responsabilidad internacional del Estado por omisión en matéria de Derechos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 53, p. 45-74, jul./set., 2013.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas**. Tomo I: parte general. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.

GROSSI, Paolo. **A Ordem Jurídica Medieval**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

GUERRA, Eduardo J. Mitre. La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

GUERRA, Sidney. Controle de convencionalidade. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 46, p. 1-21, 2017.

GUERRA, Sidney. Gomes Lund x República Federativa do Brasil: o caso junto à Corte Interamericana. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018.

GUERRA, Sidney; MOREIRA, Thiago Oliveira. Contornos atuais do controle de convencionalidade doméstico. P. 67-76. In: GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (Org.). **Los desafíos jurídicos a la gobernanza global**: una perspectiva para los próximos siglos. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2017.

GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. A Convenção da Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças como paradigma de controle difuso de convencionalidade no Brasil. **Revista da AGU**, Brasília, v. 18, n. 1, p. 337-368, jan./mar. 2019.

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. **Revista Jurídica (FURB)**, Blumenau, v. 24, n. 53, p. e7853, abr. 2020.

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle judicial amplo da função administrativa e seus limites sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista da AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 46, p. 183-205, 2019.

GUSSOLI, Felipe Klein. Critérios para vinculação aos precedentes de Cortes Internacionais de direitos humanos: um modelo de persuasão. **Inter: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, v. 2, p. 1-19, 2019.

GUSSOLI, Felipe Klein. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez., 2019.

GUSSOLI, Felipe Klein. **Tratados de direitos humanos e Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2022.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207–257, 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 199-219, out./dez. 2011.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Direito do Estado**, a. 2016, n. 86. Disponível em: <<https://t.ly/tiJA>>. Acesso em 14 nov. 2023.

HERNÁNDEZ, Jesús M. Casal. El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina. **Rechtsgeschichte**, v. 16, p. 212-241, 2010.

HERNÁNDEZ, Mario Molina. Administración pública y controle de convencionalidad: problemáticas y desafíos. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fé, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dez. 2018.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. El control de convencionalidad como expresión de control de constitucionalidad: originalidade y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-138, set./dez. 2015.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad y la Administración Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019.

HEYNS, Christof; PADILHA, David; ZWAAK, Leo. Comparação esquemática dos sistemas regionais de direitos humanos: uma atualização. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 4, a. 3, p.161-169, 2006.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos e retrocessos). **Estudios constitucionales**, Santiago, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad. Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina). **Pensamiento Constitucional**, n. 22, p. 109-141, 2017.

HITTERS, Juan Carlos. El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (supervisión supranacional. Cláusula Federal). **Estudios constitucionales**, a. 10, n. 2, p. 535-574, 2012.

HUERTA, Mauricio Iván de Toro. El derecho de propiedad colectiva de los miembros de comunidades y pueblos indígenas em la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. X, p. 49-93, 2010.

Investigação: garimpo em área yanomami é mantido por crime organizado. **Agência Brasil**. 02 maio 2023. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2023-05/investigacao-garimpo-em-area-yanomami-e-mantido-por-crime-organizado>>. Acesso em 14 nov. 2023.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

KNOP, Karen; MICHAELS, Ralf; RILES, Annelise. From multiculturalism to technique: feminism, culture, and the conflict of laws style. **Stanford Law Review**, v. 64, p. 589-, mar. 2012.

KOH, Harold Hongju. How is international Human Rights Law Enforced? **Indiana Law Journal**, v. 74, n. 4, p. 1397-1417, 1999.

KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? **The Yale Law Journal**, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997.

KOSKENNIEMI, Martii. A política do direito internacional: 20 anos depois. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 1, p. 30-40, 2018.

KOSKENNIEMI, Martii. Empire and International Law: The real Spanish contribution. **University of Toronto Law Journal**, n. 61, 2011.

LATORRE, Álvaro Mesa. El control de convencionalidad: un acto racional o irracional? **Estudios Constitucionales**, a. 16, n. 1, p. 129-166, 2018.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021.

LÁZARO, María Carmelina Londoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, a. 43, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; HOFFMANN, Grégora Beatriz. O constitucionalismo transformador e o ‘diálogo inevitável’: a influência do *ius constitutionale commune* na consolidação do Estado de Direito na América Latina. **Revista Argumentum**, Marília, v. 22, n. 2, p. 507-528, maio-ago. 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; LIMA, Sabrina Santos. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: análise da Opinião Consultiva 24/2017. **Revista Ius et Veritas**, Lima, n. 61, p. 194-205, dez./2020.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; LIMA, Sabrina Santos. O sistema interamericano de direitos humanos e a proteção de minorias e grupos vulneráveis. **Revista de Direito brasileira**, Florianópolis, v. 29, n. 11, p. 144-163, maio/ago. 2021.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; SOUZA, Celso Jerônimo. O atendimento pelo Brasil das medidas impostas nos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Rios**, a. 17, n. 34, p. 225-247, jun./2022.

LEGALE, Siddharta. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 80: uma “Corte” Pedro Nikken? **Anuário Mexicano de Derecho Internacional**, Ciudad de México, v. 20, p. 315-349, jan./dez. 2020.

LEGALE, Siddharta. Controle de convencionalidade consultivo? Um estudo em homenagem ao professor Sidney Guerra. In: BUZANELLO, José Carlos; WINTER, Luis Alexandre Carta (Coords.). GUERRA, Caio Grande (Org.). **Um novo Direito: homenagem aos 25 anos de docência no Ensino Superior do Professor Dr. Sidney Guerra**. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013.

LEGALE, Siddharta; ARAÚJO, Luis Claudio Martins de (Org.). **Direitos Humanos na prática interamericana: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEGALE, Siddharta; BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. O princípio pro persona na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um enigmático desconhecido. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Tribunais internacionais: extensão e limites da sua jurisdição**. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LIMA, Luís Carlos Santos. Controle de convencionalidade e transnacionalidade. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018.

LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Controle de convencionalidade: a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos**. João Pessoa: Ideia, 2016.

LIRA, Yulgan Tenno de Farias. O direito interno como ponto chave para a garantia do *enforcement* do Direito Internacional: controle de convencionalidade à luz do processo normativo transnacional de Harold Hongju Koh. In: MENEZES, Wagner (Org.). **Direito Internacional em Expansão**. v. 7. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

LOPES Ana Maria D'Ávila. Os direitos humanos - última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 37, n. 148, p. 127-139, out./dez. 2000.

LOPES Ana Maria D'Ávila; CHAVES, Luciano Athayde. O Supremo Tribunal Federal e a vedação da prisão civil do depositário infiel. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 55, n. 217, p. 35-53, jan./mar. 2018.

LOPES Ana Maria D'Ávila; TOMÉ, Semiramys Fernandes. Inaplicabilidade imediata do regime disciplinar diferenciado com base no controle de convencionalidade. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, p. 3-17, maio/set. 2017.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A proteção do direito ao meio ambiente no caso *Nuestra Tierra vs. Argentina*: o ativismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Justiça do Direito**, v. 34, n. 3, p. 35-57, set./dez. 2020.

LÓPEZ, Héctor Hernán Pinzón. Reforma constitucional: límites derivados del control de convencionalidad? **Revista Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas**, v. 8, n. 15, p. 155-174, jan./jun. 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (*res interpretata*) (Sobre el cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*). In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (Coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo** generador incansable de diálogos. México-DF: Tirant lo Blanch, 2013.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. **Urbe et Ius - Revista de Opinión Jurídica**, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. In: FIX-ZAMUDIO, H; VALADÉS, D (Org.). **Formación y perspectiva del Estado mexicano**. Ciudad de Mexico: El Colegio Nacional-UNAM, 2010.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juiz mexicano. **Estudios constitucionales**, a. 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan; LIRA, Yure. Controle de convencionalidade nos recursos excepcionais. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018.

MARCOS, Henrique Jerônimo Bezaerra. From Andes to the Alps and back again: a third world perspective of the margin of appreciation technique through the comparison of the Olmedo Bustos v. Chile case against the Otto-Preminger Institute v. Austria case. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do Direito brasileiro). In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MARQUES, Miguel Ângelo. Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, *Ahead of print*, p. 1-21, 2021.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014.

MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e convencionalidade de atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, ano XVII, p. 463-483, Montevideo, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Comentários ao art. 74. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio. **Controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública e instituições essenciais à justiça no controle de convencionalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 22, n. 43, p. 17-27, jan./jun. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEJÍA R., Joaquín A.; BECERRA R., José de Jesús; FLORES, Rogelio. (Coord.). **El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá**. Tegucigalpa: Casa San Ignacio/Guaymuras, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 221-253.

MICHAELS, Ralf Christian. Public and Private Law in the global adjudication system: three questions to the panelists. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 18, p. 253-258, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MONTENEGRO, Rigoberto González. Qué es el control de convencionalidad? Ideas introductorias en torno al control de convencionalidad. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

MORALES, Zamir Andrés Fajardo. **Control de convencionalidad. Fundamentos y alcance. Especial referencia a México**. Comisión Nacional de los Derechos Humanos: Ciudad de México, 2015.

MORAS, Juan M. González. La internacionalización del Derecho Administrativo argentino. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, a. XXIX, n. 348, Buenos Aires, Ediciones RAP, p. 15-53, set. 2007.

MORAS, Juan M. González. Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. **Documentación Administrativa**, n. 267-268, set.2003/abr. 2004.

MOREIRA, Thiago Oliveira. O exercício do controle de convencionalidade pelos tribunais latino-americanos. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodium, 2018.

MOREIRA, Thiago Oliveira; SILVA, Tony Robson da. A (in)convencionalidade da regulação migratória brasileira. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 13, n. 2, ago./dez. 2020.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe. **Lei de improbidade administrativa comentada**: de acordo com a reforma pela Lei n. 14.230/2021. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Humanos. Comentário Geral n. 31 de 26 maio 2004. Disponível em: < <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html>>. Acesso em 14 nov. 2023.

NASCIMENTO, João Pedro Rodrigues; MARINO, Tiago Fuchs; CARVALHO, Luciani Coimbra. A Corte Interamericana de direitos humanos e a proteção dos direitos LGBTI: construindo um Ius Constitutionale Commune baseado na diversidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2. p.714-735, 2021.

NATIVIDADE, João Pedro Kostin Felipe de; SILVA, Débora Simões. A ilegitimidade da CIDH no exercício e imposição do controle de convencionalidade. **Revista de Processo Comparado**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 221-243, jan./jun. 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino Americana. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica**: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativo à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017.

PF inicia Operação Libertação para combater garimpo ilegal em terras Yanomami. **Gov.br**, Serviços e Informações do Brasil. 10 fev. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2023/02/pf-inicia-operacao-libertacao-para-combater-garimpo-ilegal-em-terras-yanomami>>. Acesso em 14 nov. 2023.

PINTO, Álvaro Vieira. **A sociologia dos países subdesenvolvidos: introdução metodológica ou prática metodicamente desenvolvida de ocultação dos fundamentos sociais do 'vale de lágrimas'**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direito Internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o caso brasileiro. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, n. 2, p. 176-189, jul./dez. 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do sistema interamericano. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Força Integradora e Catalizadora do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 8, n. 2, jul./dez. 2013.

PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. Mecanismos nacionais de implementação das decisões do sistema interamericano. **Revista de Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 81, p. 191-212, jul./dez. 2022.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina; TAQUES, João Daniel Vilas Boas. Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção da população LGBTI+. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 67, n. 2, p. 153-186, maio/ago. 2022.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero. **Anuario de Derecho Público UDP**, p.173-189, 2017. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37886.pdf>>. Acesso em 14 nov. 2023.

Proposta do Orçamento de 2023 prevê redução de 95% nos recursos do programa Casa Verde Amarela. **G1**. 15 ser. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/09/15/proposta-do-orcamento-de-2023-preve-reducao-de-95percent-nos-recursos-do-programa-casa-verde-amarela.ghml>>. Acesso em 14 nov. 2023.

QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do Direito Administrativo: o Direito Administrativo português na perspectiva comunitária**. Coimbra: Almedina, 2001.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 28, p. 15–51, 2014.

RAMÍREZ, Sergio García. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento constitucional**, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016.

RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Mexico-DF, n. 29, p. 163-218, jul./dez., 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Tratados Internacionais: novos espaços de atuação do Ministério Público. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. 2, n. 7, p. 81-100, abr./jun. 2003.

REGUEIRA, Enrique Alonso. **El control de convencionalidad de la actividad administrativa**. Buenos Aires: Lajouane, 2017.

Relatórios apontam falhas na fiscalização de organizações sociais de saúde de SP. **Folha de São Paulo**. 19 ago. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/08/relatorios-apontam-falhas-na-fiscalizacao-de-organizacoes-sociais-de-saude-de-sp.shtml>>. Acesso em 14 nov. 2023.

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.

RESENDE, Augusto Cesar Leite de; MOLINARO, Carlos Alberto. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

RESENDE, Ranieri Lima. Deliberation and Decision-Making Process in the Inter-American Court of Human Rights: Do Individual Opinions Matter? **Northwestern Journal of Human Rights**, Chicago, v. 17, n. 1, p. 25-50, 2019.

REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **Democratização do Poder Judiciário no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

RIBEIRO, Andrey Borges Pimentel; JOO, Carlos Ugo Santander. O esvaziamento político dos direitos humanos a partir da construção do conceito de humanidade. **Hegemonia -**

Revista Eletrônica de Relações Internacionais do Centro Universitário Unieuro, Brasília, n. 15, p. 17-41, 2015.

RICHTER, Bianca Mendes Pereira; SILVA, Natália Diniz. O controle de convencionalidade como limite para a discricionariedade do juiz na execução: análise das decisões recentes que têm aplicado o artigo 139, IV, do Novo Código de Processo Civil. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (Org.). **Controle de convencionalidade: temas aprofundados**. Salvador: JusPodium, 2018.

ROA ROA, Jorge Ernesto et al. *Amicus curiae* sobre a solicitação de opinião consultiva relativa à figura do juízo político ou impeachment apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 1, p. 213-266, maio 2018.

ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; TERREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. O controle de convencionalidade difuso de ofício e a vedação das decisões-surpresa. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 20, n. 2, p. 317-336, jul./dez. 2019.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. O controle de constitucionalidade nos Tribunais de Contas: a jurisprudência do STF analisada à luz do princípio da juridicidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 123, p. 615-654, jul./dez. 2021.

RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015.

SADDY, André. Administração pública e os códigos de conduta. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 233-261, jan./abr. 2013.

SAGÜÉS, Maria Sofia. **Diálogo interjurisdiccional: inconstitucionalidad e inconveniencia por omisión**. p. 131-186. [s.d.]. p. 158. Disponível em: <https://www.academia.edu/51068787/Di%C3%A1logo_interjurisdiccional_inconstitucionalidad_e_inconveniencia_por_omisi%C3%B3n>.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El poder constituyente como intérprete de la Constitución. **Pensamiento constitucional**, Lima, a. 16, n. 16, p. 183-193, 2012.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. **Pensamiento Constitucional**, Lima, n. 20, p. 257-283, 2015.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**, a. XXI, Bogotá, p. 141-149, 2015.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010.

SALAZAR, Elard R. Bolaños. Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa? **Administración Pública & Control**, n. 27, p. 66-72, mar. 2016.

SALOMONI, Jorge Luis. **Teoria general de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ad-hoc, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Editora Del Rey, 2002.

SANTANA, Débora Barreto. **O acesso do indivíduo às cortes internacionais de justiça**. 2007. 102 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2007.

SANTANO, Ana Cláudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 19, n. 77, jul./set. 2019.

SANTIAGO, Alfonso; LANGE, Gardner. Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 11-57, jul./set. 2019.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. Fundamentos convencionales para el control de la arbitrariedad de la Administración: instrumento idóneo en los países signatários de la Convención Americana de Derechos Humanos. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o controle interno de convencionalidade na base dos tratados internacionais de direitos humanos aos trinta anos da Constituição Federal. **Revista Populus**, Salvador, n. 5, p. 47-71, dez./2018.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais, Constituição e Direito Internacional: diálogos e fricções. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2020.

SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017.

SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça**: Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SERAU JUNIOR, Marco Aurelio. Análise do caso “Cinco pensionistas vs. Peru”, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Nº 12.034. **Revista Jurídica**, n. 14, p. 114-126, 2010.

SETENTA, Maria do Carmo Goulart Martins. **Defensoria Pública e controle de convencionalidade**: a instituição e o instrumento para a proteção e promoção dos direitos humanos. Lumen Juris, 2020.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais extravagantes**: interpretação jusfundamental ‘pro homine’. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2008.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; WANDERELY JUNIOR, Bruno. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 611-629, 2015.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes. **Poder Constituinte Originário e sua limitação material pelos direitos humanos**. Campo Grande: Solivros, 1999.

SILVA, Silvio Antonio Grijalva. Acceso jurisdiccional a la justicia constitucional y convencional. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

SIMINI, Danilo Garnica; SALA, José Blanes. O controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 363-382, 2021.

SINISTERRA, Cindy Charlotte Reyes. El control de convencionalidad de los laudos arbitrales en Colombia: una historia que aún no há sido contada. **Revista Derecho del Estado**, n. 43, p. 159-190, maio/ago., 2019.

SOUZA, Nevitton Vieira. Jurisdição internacional e as dificuldades de execução de sentenças internacionais no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 3, p. 343-356, 2018.

SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o Estado Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SWIECH, Gregório Furtado. Comentário ao art. 2. In: GUERRA, Sidney *et al.* (Org.). **Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos: Pacto de São José da Costa Rica**. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade CPC, art. 741, par. ún. **Revista de Processo**, v. 106, p. 38-83, abr. 2002.

TALAMINI, Eduardo. O Exame de Sentenças da Jurisdição Brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, v. 1, n. 6, p. 205-229, jan./dez. 2006.

TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez., 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

TEREZO, Cristina Figueiredo. A efetividade das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Brasil. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 211-234, jul./dez. 2006.

TORELLY, Marcelo. **Governança transversal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. In: FIX-ZAMUDIO, Hector. **México y las declaraciones de derechos humanos**. Cidade do México: UNAM, 1999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Humanos**. v. 3. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TUSHNET, Mark. Varieties of populism. **German Law Journal**, v. 20, n. 129, p. 382–389, 2019.

USTARIZ, Marthe Robles. NINO, Diana Geraldine Quevedo. El ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades del Estado. Instrumento para la efectiva protección y garantía de los derechos de acceso en matéria ambiental. In: PACHÓN, María del Pilar García (Coord.). **Información, participación y justicia Ambiental**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. Execução provisória da pena: causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? In: VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida

Maria Lacombe; LEGALLE, Siddharta (Coords.). **Jurisdição constitucional e Direito Constitucional Internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VIÑAS, Miriam Henríquez. El control de convencionalidad interno. Su conceptualización en la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XIX, p. 327-355, 2019.

VIÑAS, Miriam Henríquez. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. **Revista Derecho del Estado**, n. 43, p. 131-157, maio/ago. 2019.

VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. Cimientos, auge y progresivo desuso del controle de convencionalidad interno: veinte interrogantes. **Revista Chilena de Derecho**, v. 45, n. 2, p. 337-361, 2018.

VIÑAS, Miriam Lorena Henríquez. La polisemia del control de convencionalidad interno. **Revista Colombiana de Derecho Internacional**, Bogotá, n. 24, p. 113-141, jan./jun. 2014.

VÍTOLO, Alfredo M. Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”. **Pensamiento Constitucional**, n. 18, p. 357-380, 2013.

WALDMAN, Ricardo Libel; SAMPAIO, Vanessa Bueno. O direito à moradia adequada à luz do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma discussão a partir das perspectivas do ODS n. 11 e da Habitat III. **Revista de Direito Ambiental e sociedade**, v. 9, n. 1, p. 59-85, jan./abr. 2019.

ZEN, Cássio Eduardo. Desafios do Direito Criminal Internacional: entre *realpolitik* e normatividade. **Inter – Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 1-28, 2020.