

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

MANOEL ILSON CORDEIRO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Manoel Iلسon Cordeiro Rocha; Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-739-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

O Grupo de Trabalho Direito Internacional dos Direitos Humanos se reuniu no V Encontro Virtual do CONPEDI em junho de 2023.

As reflexões do Grupo foram sobre várias questões relativas à violação de Direitos Humanos no Brasil e no mundo, foram três blocos de apresentação de artigos seguidos de debates profícuos sobre os temas tratados.

No artigo O TRANSCONSTITUCIONALISMO E A INTEGRAÇÃO ENTRE A JURISDIÇÃO NACIONAL E A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Priscila Kutne Armelin e Jussara Schmitt Sandri, refletem sobre a integração entre a jurisdição constitucional nacional e a jurisdição constitucional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecendo o direito constitucional como ferramenta de intersecção com o direito internacional.

No artigo CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E PERSPECTIVAS DE VIOÊNCIA DE GÊNERO: UMA ANÁLISE DO CASO DE GONZÁLEZ E OUTRAS VS. MÉXICO, Ana Caroline Nunes dos Santos e Leticia Maria de Oliveira Borges, fazem uma análise a partir da história da violência de gênero na sociedade contemporânea, percorrendo os passos do movimento feminista e alcançando um caso julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No artigo CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE OFÍCIO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, Luciana de Aboim Machado e Kality Varjão De Santana Oliveira Guimaraes, investigam a possibilidade do controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública dentro do sistema jurídico brasileiro.

No artigo O DIREITO AMBIENTAL CONFERIDO EM VIA REFLEXA PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, João Vitor Martin Correa Siqueira, Ana Laura Gonçalves Chicarelli e Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, investigam os principais aspectos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos quanto ao seu “greening” jurisprudencial no que tange exclusivamente à proteção do meio ambiente.

No artigo O RECURSO CONTRA DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI EM FACE DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: O TEMA 1.087 DA REPERCUSSÃO GERAL DO STF PERANTE A CORTE IDH E OS ODS 2030, Antonio Henrique Graciano Suxberger propõe a análise à luz do bloco de constitucionalidade, da decisão do STF que desde 2020, reconheceu em repercussão geral o tema 1.087, que debate a compatibilidade do recurso contra decisão manifestamente contrária à prova dos autos com a garantia constitucional da soberania dos veredictos do júri. O presente artigo do tema.

No artigo DUALIDADES NO PROCESSO TRANSICIONAL BRASILEIRO: ENTRE INCONVENCIONALIDADE E PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS HUMANOS, Ygor da Silva Sarmanho Vasconcelos e Natasha Yasmine Castelo Branco Donadon, busca apreciar as peculiaridades do processo transicional realizado no Brasil, com o objetivo de avaliar em que medida o Estado brasileiro se adequou aos pilares da Justiça de Transição ou incorreu em inconvencionalidade frente ao aparato protetivo multinível de direitos humanos.

No artigo SOBERANIA VS TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: A NECESSIDADE DE ALTERAÇÕES PARA ALCANCE DO OBJETIVO DIGNO E HUMANO, Ricardo Bispo Razaboni Junior, Ilton Garcia Da Costa e Rogério Nascimento Renzetti Filho, analisam a problemática entre o embate da soberania dos países e de possíveis decisões do Tribunal Penal Internacional.

No artigo DIREITOS HUMANOS E EMANCIPAÇÃO SOCIAL NA SOCIEDADE TECNOLÓGICA: COMPLEXIDADES E DESAFIOS, Mario Jorge Philocreon De Castro Lima e Hiolanda Silva Rêgo, enfrenta as relações entre os direitos humanos e suas complexidades no cenário digital.

No artigo REFLEXOS DO ODS 4 DA AGENDA 2030 NA EDUCAÇÃO BRASILEIRA, Caroline Sampaio Pecanha Schierz, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini e Fábio André Guaragni, analisam o ODS 4 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU, a fim de verificar seus reflexos na Educação em nosso país.

No artigo O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTOS E A EFETIVIDADE DOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS NO “PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA” PELO ESTADO BRASILEIRO, Antonio de Padua Marinho Monte perquiri se a efetividade dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil diante do “Pacto de San José da Costa Rica” depende financeiramente do cumprimento do dever fundamental de pagar impostos por parte dos brasileiros.

MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS: UMA MIRADA ATRAVÉS DA ÉTICA DA ALTERIDADE E DO PENSAMENTO COMPLEXO PARA A METAMORFOSE DO PENSAR E AGIR, Marina Mayora Ronsini parte da crítica à racionalidade instrumental e tentativa de apreensão do Outro através da razão, com conseqüente redução do diferente ao similar. A premissa fundamental é a necessidade urgente de uma eticidade que tenha em seu cerne a alteridade.

No artigo VIDAS SEM RASTRO: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS DE EXTERNALIZAÇÃO DE FRONTEIRAS NO CONTROLE DOS FLUXOS MIGRATÓRIOS DA UNIÃO EUROPEIA, Klarissa Lazzarin de Sá dos Santos e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth propõem uma análise das políticas migratórias contemporâneas da União Europeia, sob a ótica da tutela dos Direitos Humanos.

No artigo DIREITO TRANSNACIONAL À EDUCAÇÃO PARA CRIANÇAS MIGRANTES, Jaqueline Moretti Quintero e Lorena Maria da Penha Oliveira Nesello debatem a produção de conhecimento sobre a educação transnacional, especialmente àquela destinada ao público migrante.

No artigo O ACESSO A JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE RUA, Suelen Maiara dos Santos Alécio e Andréa Carla de Moraes Pereira Lago investigam a violação de vários direitos que envolvem a essencialidade da vida da pessoa humana, em especial, de crianças e adolescentes em situação de rua.

No artigo O ACOLHIMENTO DAS FAMÍLIAS REFUGIADAS NO BRASIL COMO DETERMINANTE DO DESENVOLVIMENTO, Lílian Sena Da Silva e Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, investigam como ocorre o desenvolvimento social e econômico no Brasil com o acolhimento das famílias refugiadas venezuelanas que ingressam na fronteira em busca de melhores condições de vida.

No artigo DIREITOS HUMANOS E INTERCULTURALISMO: A QUESTÃO AFETA A PRÁTICAS JURÍDICAS OU CULTURAIS QUESTIONÁVEIS, Mauricio José Godinho Delgado e Juliana Bortoncello Ferreira, destacam o instituto do interculturalismo, como ferramenta à concretização da dignidade da pessoa humana.

No artigo RESPONSABILIDADE EXTRATERRITORIAL EM CASOS DE VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS POR EMPRESAS TRANSNACIONAIS, José Adércio Leite Sampaio e Ana Carolina Marques Tavares Costa, discutem sobre a forma como Direito

Internacional lida com a responsabilização das empresas transnacionais que violam Direitos Humanos.

No artigo O DIREITO AO ACESSO ÀS TERRAS INDÍGENAS SOB A PERSPECTIVA DE GADAMER: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS CASOS RAPOSA SERRA DO SOL E POVO XUCURU, Alsidéa Lice de Carvalho Jennings Pereira e Arthur De Oliveira Souza, analisam o direito ao acesso às terras a partir da perspectiva hermenêutica jurídica de Gadamer observando a necessidade de se ter em conta o caráter democrático ou autoritário.

No artigo DEGRADAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS NA AMAZÔNIA E AS DENÚNCIAS NO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, Paulo Vinícius Moreira e Silva, Diogo De Almeida Viana Dos Santos e Maycon Melo, tratam da análise das denúncias apresentadas pelo Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos, Comissão Arns e Articulação dos Povos Indígenas do Brasil ao TPI contra Jair Bolsonaro, então Presidente do Brasil, com base na degradação da Amazônia e nos fundamentos para inserção do ecocídio no Estatuto de Roma.

No artigo O (POSSÍVEL) GENOCÍDIO INDÍGENA NO BRASIL DE BOLSONARO: PERSPECTIVAS A PARTIR DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, Giovanna de Carvalho Jardim e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, refletem acerca do possível genocídio indígena no Brasil de Bolsonaro, a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos I do V Encontro Virtual do CONPEDI desejam a todos uma ótima leitura e que os temas aqui trazidos para reflexão sejam repercutidos em vários âmbitos de pesquisa e de eficácia dos Direitos Humanos.

Prof. Dr. Manoel Ilson Cordeiro Rocha

Faculdade de Direito de Franca; Universidade de Araraquara e Fafram

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

FMU

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira

UFMS

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE OFÍCIO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CONVENTIONALITY CONTROL EX OFFICIO BY THE PUBLIC ADMINISTRATION

Luciana de Aboim Machado ¹

Kaliany Varjão De Santana Oliveira Guimaraes ²

Resumo

O objeto do presente artigo se reporta ao exame da possibilidade do controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública dentro do sistema jurídico brasileiro, considerando a real dificuldade que se impõe à sua concretização efetiva, a despeito da proliferação de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos determinando o dever de todas as autoridades públicas dos Estados parte da Convenção Americana de Direitos Humanos de exercerem referido controle e fazerem cumprir as obrigações convencionais contempladas naquele pacto perante a comunidade internacional, além do dever de aplicarem a interpretação produzida pela própria Corte acerca dos direitos, deveres e obrigações previstos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos - SIDH. O Estado brasileiro, ao firmar um compromisso internacional, deve instrumentalizar os meios adequados à concretização e à efetivação dos direitos e das obrigações em relação aos quais, voluntariamente, obrigou-se, devendo adequar sua normatividade interna e promover mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos com pretensão de diminuição das violações de direitos humanos e, conseqüentemente, de desestímulo à propositura de demandas jurisdicionais e/ou internacionais. Vale esclarecer que o estudo será guiado pelos métodos de pesquisa exploratório e dedutivo, com pesquisa por meio de revisão bibliográfica e análise documental, tendo por base a literatura jurídica especializada, a Constituição Federal, as legislações infraconstitucionais, os documentos internacionais acerca do tema e as decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Brasileiros e pelas Cortes Internacionais.

Palavras-chave: Administração pública, Controle administrativo, Controle de convencionalidade, Sistema interamericano de direitos humanos, Corte interamericana de direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

The object of this article refers to the examination of the possibility of ex officio control of conventionality by the Public Administration within the Brazilian legal system, considering

¹ Pós-doutora em Direito Constitucional pela UFBA e pela Università Degli Studi G. d'Annunzio Chieti-Pescara (Italia). Doutora em Direito do Trabalho pela USP. Mestre em Direito do Trabalho.

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Processual Civil pela FANESE/ESMESE.

the real difficulty that is imposed to its effective implementation, despite the proliferation of decisions of the Inter-American Court of Human Rights determining the duty of all public authorities of the States party to the American Convention on Human Rights to exercise said control and enforce the conventional obligations contemplated in that pact before the international community, in addition to the duty to apply the interpretation produced by the Court itself regarding the rights, duties and obligations set forth in the Inter-American Human Rights System. The Brazilian State, when signing an international commitment, must implement the appropriate means for the realization and enforcement of the rights and obligations in relation to which, voluntarily, it is bound, and must adapt its internal regulations and promote extrajudicial mechanisms for the resolution of conflicts with claim to reduce human rights violations and, consequently, discourage the filing of jurisdictional and/or international claims. It is worth clarifying that the study will be guided by exploratory and deductive research methods, with research through bibliographic review and document analysis, based on specialized legal literature, the Federal Constitution, infraconstitutional legislation, international documents on the subject and the judicial decisions handed down by the Brazilian Courts and by the International Courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public administration, Administrative control, Conventionality control, Inter-american human rights system, Inter-american court of human rights

I. INTRODUÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) é um dos instrumentos mais relevantes para o reconhecimento e a efetivação dos direitos humanos no continente, cuja aprovação ocorreu na Conferência de São José da Costa Rica, em 1969. A ratificação pelo Brasil aconteceu apenas em 1992, por meio do Decreto nº. 678, de 06 de novembro de 1992, com a submissão à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) efetivando-se anos depois, em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº. 89.

Com a sujeição à jurisdição da Corte IDH, fruto da manifestação de seu livre consentimento, o Brasil se incorpora integralmente ao sistema interamericano de proteção de direitos humanos (SIDH), cujos mecanismos de proteção e promoção exsurtem tanto da Carta da Organização dos Estados Americanos em conjunto com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, como da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A subsunção integral aos mecanismos do SIDH exige, por conseguinte, respeito também à jurisprudência e à interpretação produzida pela Corte IDH que, desde 2006, desenvolve e sedimenta o tema pertinente ao controle de convencionalidade no sistema interamericano, exigindo dos Estados parte da Convenção a aferição de compatibilidade material de suas normas internas, não apenas sob o parâmetro constitucional, mas também convencional. Do exame das decisões da Corte IDH ao longo desses anos, nota-se um entendimento progressivo no sentido de ampliar o alcance do tema, donde exsurte a conclusão de que referido controle de convencionalidade não se dirige hoje apenas e tão-somente ao Poder Judiciário – embora seja seu destinatário primeiro – mas ao Estado como um todo, englobando, por isso, todos os órgãos de todos os Poderes que o integram.

Assim é que, desde 2010, a partir do caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, a Corte IDH cuida de delegar a todos os órgãos e autoridades de um Estado parte da Convenção a obrigação de exercer o controle de convencionalidade. As questões que emergem a partir daí dizem respeito a, uma vez entendido que o controle de convencionalidade pode ser implementado por todas as autoridades, estão englobadas dentro desse conceito (de autoridade) os agentes integrantes da Administração Pública no exercício de sua função típica? Mais: esse controle pode ocorrer de ofício? E quais os seus limites?

II. DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DO *STATUS* NORMATIVO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Embora não haja controvérsias sobre o controle de convencionalidade exercido no âmbito do Poder Judiciário, tal entendimento não se estende sem óbices na esfera dos órgãos integrantes da Administração Pública. Isso porque, na prática, nota-se resistência no sistema jurídico brasileiro de efetivar o controle de convencionalidade tal como reconhecido hodiernamente pela Corte IDH, cuja dificuldade já se nota explícita no exercício da função jurisdicional e se aprofunda sobremaneira (pode-se dizer que talvez nem exista) no âmbito do exercício da função típica da Administração Pública.

A explicação para isso reside, entre outras coisas, na estrutura jurídica e doutrinária em torno das quais se alicerçou o Direito Administrativo, cujas bases foram sedimentadas nos princípios da indisponibilidade dos interesses públicos e na supremacia do interesse público sobre o privado, a partir dos quais exsurgiu com proeminência o princípio da legalidade, específico dos Estados de Direito, cuja faceta se manifesta - conforme ensina o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello com base em Michel Stassinopoulos - "em fórmula sintética e feliz" na ideia segundo a qual "além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*" (MELLO, 2011, p. 101). Em exposição elucidativa, esclarece ainda Hachem (2021, p. 211-212):

O Direito Administrativo foi construído ao longo dos séculos XIX e XX, sob forte influência de suas origens francesas [...] a primeira conformação desse ramo jurídico foi forjada sobre as bases do princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a Administração Pública deve estrita obediência à lei em sentido formal (expressão da vontade geral do povo), como forma de evitar o arbítrio e a violação da propriedade e das liberdades dos indivíduos por parte dos agentes públicos. Essa concepção passou a ser reproduzida em diversos países — inclusive os latino-americanos — nos quais o Direito Administrativo francês foi tomado como paradigma (seja diretamente, seja por meio da influência de outro país que adotou o modelo francês, como é o caso da Espanha e seus reflexos nos sistemas jurídicos da América Latina). Para os administrativistas, portanto, a Administração Pública deveria preocupar-se com a aplicação da lei, fonte máxima do Direito.

Essa visão, segundo a qual a lei constitui sempre um escudo protetor dos indivíduos, deixa de perceber que não somente a Administração Pública pode violar direitos do cidadão. O legislador também pode criar normas legais criadas formalmente dentro dos trâmites procedimentais estabelecidos para sua aprovação, mas cujo conteúdo é materialmente ofensivo à dignidade da pessoa e aos direitos humanos dela decorrentes. Ou seja: o cumprimento da lei não é garantia de que os mais importantes direitos do ser humano serão respeitados pelo Estado-Administração. Aliás, é justamente essa a

razão de ser do Direito Internacional dos Direitos Humanos: evitar, mediante a assunção de compromissos políticos na ordem internacional, que um Estado viole direitos humanos em seu território sob o argumento de que sua atuação está em conformidade com uma lei interna.

Porém, se de um lado existe uma estrutura dogmática, doutrinária e normativa interna que opõe óbice à implementação de um controle de convencionalidade, por outro, "o aperfeiçoamento dos mecanismos de implementação das decisões do SIDH corresponde a um movimento no seio das estruturas formais do Estado, ao viabilizar políticas públicas para grupos mais vulneráveis, por vezes invisibilizados no plano interno" (COIMBRA, 2013, p. 59). Negar a força obrigatória das decisões exaradas pela Corte IDH corresponde a negar cumprimento aos direitos humanos em relação aos quais o Estado parte assumiu o compromisso, perante a comunidade internacional, de proteger e efetivar.

Desse modo, admitir que as autoridades públicas brasileiras integrantes da estrutura administrativa exerçam o controle de convencionalidade, adequando sua estrutura interna para cumprir as obrigações decorrentes de tratados e de convenções internacionais assumidos perante a comunidade internacional, significa, ao fim, promover a efetivação direta e imediata dos direitos humanos ali reconhecidos e, corolário, o estímulo a mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos com pretensão de diminuição das violações de direitos humanos e, conseqüentemente, de redução de demandas jurisdicionais ou internacionais.

Em breve digressão histórica, nota-se que o controle de convencionalidade de leis emergiu das decisões exaradas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, "cujas origens remontam ao ano de 2006, no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*" (MAZZUOLI, FARIA e OLIVEIRA, 2020, p. 264). Sobre referido caso, assim escreveu Mazzuoli:

Quanto ao último aspecto de análise da Corte, os magistrados apontaram que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes – como parte do aparato do Estado –, também estão submetidos a ela, o que os obriga a zelar pelo cumprimento de suas disposições.

Em outras palavras, a Corte entendeu, pela primeira vez em sua jurisprudência, que o Poder Judiciário dos Estados deve exercer, de forma primária, o controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplica nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Ademais, segundo o tribunal internacional, o Judiciário deve analisar não só o tratado internacional, senão também a interpretação que dele faz a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (§ 124). (MAZZUOLI, 2019, p. 582)

Anos mais tarde, a Corte IDH deu amplitude ao seu entendimento, segundo se extrai do exame das decisões proferidas "nos casos *Cabrera García e Montiel Flores vs. México* (2010), *Gelman vs Uruguai* (2011) e *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs Brasil* (2016)" (MAZZUOLI, FARIA e OLIVEIRA, 2020, p. 265), uma vez que houve o reconhecimento de que "todos os órgãos do Estado vinculados à Administração da Justiça e todos os poderes do Estado em seu conjunto passaram a ser responsáveis pelo exame de convencionalidade das leis, no âmbito de suas respectivas competências" (MAZZUOLI, FARIA e OLIVEIRA, 2020, p. 265). Citando o caso *Gelman*, Mazzuoli assim esclarece:

Ponto importante da decisão foi a reafirmação, pela Corte Interamericana, do dever dos Estados de controlar, em primeiro plano e *ex officio*, a convencionalidade das leis. **Além disso, o tribunal internacional estendeu a obrigação de controle de convencionalidade a todos os órgãos do Estado, e não somente aos juízes.** Nas palavras da Corte, "[q]uando um Estado é parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, estão a ele submetidos, o qual os obriga a velar a que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que os juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis têm a obrigação de exercer *ex officio* um 'controle de convencionalidade' entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, e nesta tarefa devem levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana" (§ 193). Como se vê, a partir do julgamento do Caso *Gelman vs. Uruguai*, a Corte Interamericana amplia a obrigação do controle de convencionalidade a todos os órgãos do Estado vinculados à administração da Justiça, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes.⁸ É o caso, v.g., de se exigir no Brasil que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) controle a convencionalidade das leis que aplica nos casos concretos. (MAZZUOLI, 2019, p. 594, grifo nosso)

Ao explicar as fases de evolução da teoria do controle de convencionalidade, Gussoli, com base em Marcelo Torelly, expõe cinco fases históricas (TORELLY *apud* GUSSOLI, 2020), que podem ser assim sintetizadas: **primeira fase** - surgimento da teoria do controle de convencionalidade, com a definição de seu conceito (2003 a 2006); **segunda fase** - "estabelecimento da ideia de obrigação dos juízes internos de levarem em conta quando do exercício do controle de convencionalidade a interpretação da Convenção do modo como alavancada pela Corte IDH" (GUSSOLI, 2020, p. 8); **terceira fase** - esclarecimento de que não há um convite aos órgãos jurisdicionais, mas uma verdadeira vinculação à interpretação da Corte acerca do que resta estabelecido no Pacto de São José da Costa Rica; **quarta fase** - explicitação do entendimento da Corte IDH no sentido da "supraconstitucionalidade da

Convenção Americana no SIDH" (GUSSOLI, 2020, p. 11); e, **quinta fase** - nota-se o "arrojo da Corte, que deixa de sugerir modificações legislativas e adequações no plano interno pra declarar a nulidade de normas" (GUSSOLI, 2020, p. 11).

Quanto a esta última fase vale uma relevante observação: Gussoli discorda de Torrely no sentido de que as decisões da Corte IDH tenham efeito constitutivo anulatório. Contudo, a despeito disso, e ainda fazendo referência a Torrely, Gussoli (2020, p. 11) aduz que nessa quinta fase "a Corte posiciona, *na prática*, a interpretação por ela empreendida como hierarquicamente superior aos atos estatais domésticos, afirmando possuir poder de revisão".

Ainda que haja discordância da evolução do controle de convencionalidade segundo as etapas acima explicitadas, certo é que a Corte IDH cristaliza a noção de que o controle de convencionalidade não se dirige exclusivamente a um órgão estatal (o Judiciário, *in casu*), mas ao Estado, devendo, por isso, ser operacionalizado por todos os órgãos de todos os Poderes estatais.

Vale observar que, em relação ao Brasil, a edição da Súmula Vinculante 25, em 2008, é paradigmática, tendo em vista que corolário do julgamento do Supremo Tribunal Federal exarado no bojo do RE 466.343-1/SP¹, segundo o qual à Convenção Americana de Direitos Humanos (como a todos os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e não integrados ao sistema jurídico nacional segundo o disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal) deve-se atribuir o *status* de supralegalidade, cuja localização na pirâmide normativa reside abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna. A partir desse julgado, o STF abraça o controle de convencionalidade e, portanto, fixa o segundo parâmetro de validade das normas do sistema jurídico brasileiro: os tratados e as convenções internacionais que versem sobre direitos humanos. Senão, leia-se o seguinte excerto extraído do voto do Ministro Relator, César Peluso:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção

¹ Ementa: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. [STF, RE 466.343-1, 2008].

Americana sobre Direitos Humanos Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).

Assim é que, desde 2010, a partir do caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, a Corte IDH cuida de delegar a todos os órgãos e autoridades de um Estado parte da Convenção a obrigação de exercer o controle de convencionalidade.

III. DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DE OFÍCIO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As dúvidas que circundam o tema são inúmeras e muito bem captadas por Gussoli (2020), isso porque, embora seja corroborado o entendimento de que a Corte IDH admita amplamente o controle de convencionalidade por qualquer agente público, alguns países não permitem que o exercício desse controle se dê por agentes integrantes da Administração Pública.

Não se olvide de mencionar ainda as dificuldades reais à implementação de tal mister no Brasil, considerando decisões recentes do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não competir a órgãos integrantes da Administração Pública (a exemplo dos Tribunais de Contas) a possibilidade de efetivação do controle de constitucionalidade incidental no exercício de suas competências institucionais²³⁴⁵, apesar de ainda vigorar a Súmula 347 (aprovada em

² A declaração incidental de inconstitucionalidade somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais (...). Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo. (...) É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretenso argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. (MS 35.824, voto do rel. min. Alexandre de Moraes, P, j. 13-4-2021, DJE 116 de 17-6-2021.)

³ (...) O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. (...) Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes. (...) É inconcebível a hipótese de o Tribunal de Contas da União, órgão

1963), cujo verbete consagra o seguinte: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”. Ora, dada a simetria dos controles em questão, que se reportam ao exame de compatibilidade material das normas infraconstitucionais, não sendo admissível o controle de constitucionalidade incidental por órgãos da Administração Pública, por óbvio, também não seria admissível, em tese, falar-se em efetivação por esses mesmos órgãos do controle de convencionalidade aqui proposto. Por conseguinte, afirma Perlingeiro ao citar excerto da sentença de supervisão de cumprimento do caso *Gelman vs Uruguai*, proferida pela Corte IDH em março de 2013:

o grau de intensidade do controle difuso de convencionalidade irá reduzir-se naqueles sistemas onde não se permite o controle difuso de constitucionalidade e, por conseguinte, nem todos os juízes têm a faculdade

sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle de constitucionalidade – principalmente, como no presente caso, em que simplesmente afasta a incidência de dispositivos legislativos para TODOS os processos da Corte de Contas – nos julgamentos de seus processos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. (MS 35.410, rel. min. Alexandre de Moraes, P, j. 13-4-2021, DJE 86 de 6-5-2021.)

⁴ Dentro da perspectiva constitucional inaugurada em 1988, o Tribunal de Contas da União é órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, cuja competência é delimitada pelo artigo 71 do texto constitucional. (...) É inconcebível, portanto, a hipótese do Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, permanecer a exercer controle difuso de constitucionalidade nos julgamentos de seus processos, sob o pretense argumento de que lhe seja permitido em virtude do conteúdo da Súmula 347 do STF, editada em 1963, cuja subsistência, obviamente, ficou comprometida pela promulgação da Constituição Federal de 1988. (MS 35.410 MC, rel. min. Alexandre de Moraes, dec. monocrática, j. 15-12-2017, DJE 18 de 1º-2-2018.)

⁵ Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei 9.478/1997, e do Decreto 2.745/1998, obrigando a Petrobrás, conseqüentemente, a cumprir as exigências da Lei 8.666/1993, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Não me impressiona o teor da Súmula 347 desta Corte, (...). A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. (MS 25.888 MC, rel. min. **Gilmar Mendes**, dec. monocrática, j. 22-3-2006, DJ de 29-3-2006.)

de deixar de aplicar uma lei ao caso concreto. **Nesses casos, é evidente que os juízes que carecem de tal competência exercerão o controle difuso de convencionalidade com menor intensidade, sem que isso signifique que não possam realizá-lo na medida de suas respectivas competências. Isso implica o fato de que não poderão deixar de aplicar a norma (ao não ter esse poder), devendo, em todo caso, realizar uma interpretação convencional da norma, ou seja, efetuar uma interpretação conforme não só à Constituição, como também à Convenção Americana e à jurisprudência convencional.** Essa interpretação requer uma atividade criativa para se alcançar a compatibilidade da norma nacional conforme o parâmetro convencional e assim obter-se a efetividade do direito ou da liberdade de que se trate, com os maiores alcances possíveis em termos de princípio *pro homine* (PERLINGEIRO, 2020, P.93, grifo nosso)

Porém, malgrado todos os questionamentos que se possam ter em torno do tema, há quem milite em favor da tese de que o ordenamento jurídico brasileiro admite o controle de convencionalidade exercido de ofício pela Administração Pública, não apenas porque se permite há anos no sistema jurídico interno que a Administração, no exercício da autotutela, invalide seus próprios atos quando eivados de vício ou ilegalidade (Súmula 473 do Supremo e art. 53 da Lei 9.784/99), mas também porque, com fundamento no art. 1.1 e art. 2 do Pacto de São José da Costa Rica e nas decisões exaradas pela Corte IDH, o Brasil se obrigou a alavancar e garantir os direitos previstos (ou que emergem) daquele pacto, devendo ser considerados e animados por todos os Poderes de Estado (GUSSOLI, 2020, p. 21).

Não se perca de vista ainda que exsurge na doutrina administrativista o entendimento de que, para além da estrita legalidade, a Administração deve observar o princípio da juridicidade, que exige a compatibilidade dos atos administrativos ao Direito, entendido este como corpo jurídico íntegro e, conseqüentemente, formado por direitos fundamentais e direitos humanos incorporados por tratados ou convenções internacionais. Por isso, segundo Hachem (2021, p.244):

Sob esse viés, a Administração Pública encontra-se submetida ao Direito como um todo, sujeitando-se ao dever de respeito à Constituição (princípio da constitucionalidade), aos tratados internacionais de direitos humanos (princípio da convencionalidade), à lei em sentido formal (princípio da legalidade estrita) e aos atos administrativos normativos (princípio da autovinculação). Essa mudança exige dos administrativistas uma atenção redobrada ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, para reconhecer, ao lado da constitucionalização do Direito Administrativo, os efeitos decorrentes do processo de convencionalização do Direito Administrativo.

Mais:

Afirmar que a Administração se submete à lei e ao Direito significa admitir que a legislação infraconstitucional produzida pelo Parlamento não é o único

parâmetro jurídico de validade da atuação administrativa. Amplia-se o universo normativo vinculante do agir do poder público, agregando-se ao lado da lei formal outros elementos de observância cogente. O princípio da juridicidade administrativa abrange, nesse sentido, em uma escala hierárquica descendente: (i) o princípio da constitucionalidade — dever de conformidade com a Constituição; (ii) o princípio da convencionalidade — dever de conformidade com as convenções internacionais; (iii) o princípio da legalidade — dever de conformidade com a lei em sentido estrito; (iv) o princípio da autovinculação — dever de conformidade com os atos administrativos normativos. (HACHEM, 2021, p.220)

Portanto, embora os julgados mais recentes do Supremo possam conduzir à conclusão de que não compete, *a priori*, aos órgãos administrativos o exercício do controle de convencionalidade, dado o paralelismo inevitável entre esse controle e aquele de constitucionalidade material das normas, a verdade é que essa ideia não resta ainda sedimentada e há registro de decisões que se deslocam no caminho de compreender que órgãos administrativos, no exercício de suas competências típicas, podem declarar, em concreto, a inconstitucionalidade de atos infraconstitucionais. Senão, leiam-se os seguintes julgados:

Nesses termos, concluída pelo Conselho Nacional de Justiça a apreciação da inconstitucionalidade de lei aproveitada como fundamento de ato submetido ao seu exame, poderá esse órgão constitucional de controle do Poder Judiciário valer-se da expedição de ato administrativo formal e expresso, de caráter normativo, para impor aos órgãos submetidos constitucionalmente à sua atuação fiscalizadora a invalidade de ato administrativo pela inaplicabilidade do texto legal no qual se baseia por contrariar a Constituição da República. [...] 16. O exercício dessa competência implícita do Conselho Nacional de Justiça revela-se na análise de caso concreto por seu Plenário, ficando os efeitos da inconstitucionalidade incidentalmente constatada limitados à causa posta sob sua apreciação, salvo se houver expressa determinação para os órgãos constitucionalmente submetidos à sua esfera de influência afastarem a aplicação da lei reputada inconstitucional. (Pet 4.656, voto da rel. min. Cármen Lúcia, P, j. 19-12-2016, DJE 278 de 4-12-2017)

Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Anulação da fixação de férias em 60 dias para servidores de segunda instância da Justiça estadual mineira. Competência constitucional do Conselho para controle de legalidade dos atos administrativos de tribunal local. Ato de caráter geral. Desnecessidade de notificação pessoal. Inexistência de violação do contraditório e da ampla defesa. [...] 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. 3. Sendo o ato administrativo controlado de caráter normativo geral, resta afastada a necessidade de notificação, pelo CNJ, dos servidores interessados no processo. 4. A conclusão do Supremo Tribunal pela inconstitucionalidade, a partir da Emenda Constitucional 45/2004, das férias coletivas nos tribunais, se aplica aos servidores do TJMG, cujo direito às férias de 60 dias se estabeleceu em normativos fundamentados nas férias

forenses coletivas. 5. Ordem denegada. (MS 26.739, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T, j. 1º-3-2016, DJE 122 de 14-6-2016).

Da leitura dos excertos acima colacionados, nota-se que negar aos órgãos administrativos o dever-poder de examinar a compatibilidade de atos às normas constitucionais se configura, via transversa, na negativa mesma do exercício de suas competências implícitas e, em determinadas hipóteses, no impedimento do exercício de suas finalidades institucionais expressas. É dizer, negar o poder-dever de os tribunais de contas, por exemplo, no exercício do exame de legalidade de atos de admissão para fins de registro, de procederem à compatibilização das leis federais, estaduais ou municipais que criam os cargos públicos ao quanto disposto na Constituição (acerca das regras de acesso, de criação dos cargos e das respectivas atribuições ou competências), importa em aniquilar as Cortes de Contas em relação a um dos fins ao qual se destina. Em outras palavras: importa na invalidação institucional do órgão.

Como bem observa HACHEM (2021), embora o controle de convencionalidade seja um dever a ser observado por todos os órgãos do Estado parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, não há, em contrapartida, uma determinação da Corte IDH no sentido de como esse controle deve acontecer, o que permite aos Estados, segundo suas realidades normativas internas, estabelecerem essas diretivas. Em verdade, o autor explicita que a Corte IDH vem admitindo um *papel construtivo* ou *positivo* do controle de convencionalidade, no sentido de que seja realizada uma filtragem convencional por meio da implementação da interpretação conforme das normas internas com os tratados e/ou convenções do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ou seja, propõe-se a adequação dos atos normativos internos aos tratados e às convenções internacionais que tratem de direitos humanos pela *via interpretativa*. Leia-se:

Ocorre que, num segundo momento, a Corte passa a reconhecer um papel *construtivo* ou *positivo* ao controle de convencionalidade, que consiste em realizar uma filtragem convencional das normas locais à luz da CADH e da jurisprudência da Corte IDH, por meio de uma interpretação das disposições normativas internas conforme ao *corpus iuris* interamericano. Essa modalidade de controle de convencionalidade resulta na adequação das leis e atos normativos domésticos ao tratado internacional pela via interpretativa. Nessa linha, cabe citar as manifestações da Corte IDH nos casos *Radilla Pacheco vs. México* e *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, na condição de juiz da Corte IDH e também em sede doutrinária, refere-se a três *graus de intensidade* do controle de convencionalidade: (i) num grau de intensidade *mínimo*, todos os juízes e autoridades públicas devem realizar uma interpretação conforme da legislação nacional com as normas convencionais; (ii) num grau de

intensidade *intermediário*, quando a interpretação conforme não for possível, os órgãos jurisdicionais dotados de competência para exercer o controle difuso de constitucionalidade deverão deixar de aplicar ao caso concreto a norma doméstica inconveniente, com efeitos *inter partes*; (iii) num grau de intensidade *máximo*, caberá aos órgãos imbuídos de competência para o controle abstrato de constitucionalidade (Corte Suprema ou Tribunal Constitucional, conforme corresponda) declarar a invalidade da norma de Direito interno contrária à CADH com efeitos *erga omnes*.

Em outras palavras, entende Ferrer Mac-Gregor que o controle *constutivo* ou *positivo* de convencionalidade, por possuir um *grau de intensidade mínimo*, pode ser realizado por todo e qualquer órgão estatal por meio da técnica da interpretação conforme, ao passo que o controle *repressivo*, com a não aplicação da norma ao caso concreto (*grau de intensidade intermediário*) ou com sua declaração geral de invalidade (*grau de intensidade máximo*), só poderia ser desempenhado pelos órgãos com competência específica para fazê-lo no marco do controle de constitucionalidade.

De acordo com Néstor Sagüés, o controle *constutivo* ou *positivo* de convencionalidade (interpretação conforme à CADH) pode se realizar das seguintes formas: (i) *pela seleção de interpretações*, adotando-se aquelas compatíveis com a CADH e a jurisprudência da Corte IDH e afastando a aplicação daquelas que lhes forem incompatíveis; (ii) *pela construção de interpretações*, que podem ser (ii.1) *mutativas por adición* (adiciona-se um elemento no conteúdo normativo do enunciado para torná-lo compatível à CADH); (ii.2) *mutativas por sustracción* (elimina-se um elemento do enunciado normativo para compatibilizá-lo com a CADH); (ii.3) *mutativas mixtas por sustracción-adición* (elimina-se algo e agrega-se algo ao conteúdo da norma doméstica para adequá-la à CADH). (HACHEM, 2021, p. 238-239).

Para HACHEM, o controle de convencionalidade pode ser exercido em diversos graus, porém, minimamente, ele impõe uma interpretação conforme da legislação nacional com os tratados e as convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, não exigindo, necessária e prioritariamente, que se imponham os controles difuso ou concentrado de convencionalidade para seja declarada a invalidade da norma interna.

O tema é polêmico, contudo, verifica-se a possibilidade de sua plena adequação à realidade normativa local, admitindo-se, ainda que timidamente, o controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública brasileira em seu grau mínimo, pela via interpretativa.

Por fim, vale observar que o STJ já se deparou de maneira lateral diante do tema, quando da resolução do Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* nº 136.961/RJ, ao examinar o alcance da Resolução da Corte IDH, exarada em novembro de 2018, sobre o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro. Em síntese, Resolução da Corte IDH reconheceu que precitado instituto submetia pessoas em cumprimento de pena a situação

degradante e indigna e, portanto, obedecidas determinadas hipóteses, reconheceu-lhes o direito ao cômputo em dobro de cada dia de privação de liberdade. Entretanto, a Corte IDH ao determinar o cômputo em dobro do período de cumprimento de pena privativa de liberdade para os apenados naquela unidade, deixou de fixar o termo *a quo* a partir de quando a decisão deveria ser cumprida. A partir daí surgiu a questão: seus efeitos seriam retroativos ou prospectivos?

Ao decidir a demanda, o STJ exarou acórdão cuja ementa⁶, por si, já expõe preciosas

⁶ AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDA DE URGÊNCIA. EFICÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO PRO PERSONAE. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - DESDOBRAMENTO). SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

2. Hipótese concernente ao notório caso do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro (IPPSC), objeto de inúmeras Inspeções que culminaram com a Resolução da Corte IDH de 22/11/2018, que, ao reconhecer referido Instituto inadequado para a execução de penas, especialmente em razão de os presos se acharem em situação degradante e desumana, determinou que se computasse "em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no IPPSC, para todas as pessoas ali alojadas, que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou a integridade física, ou de crimes sexuais, ou não tenham sido por eles condenadas, nos termos dos Considerandos 115 a 130 da presente Resolução".

3. Ao sujeitar-se à jurisdição da Corte IDH, o País alarga o rol de direitos das pessoas e o espaço de diálogo com a comunidade internacional. Com isso, a jurisdição brasileira, ao basear-se na cooperação internacional, pode ampliar a efetividade dos direitos humanos.

4. A sentença da Corte IDH produz autoridade de coisa julgada internacional, com eficácia vinculante e direta às partes. **Todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença.** Na hipótese, as instâncias inferiores ao diferirem os efeitos da decisão para o momento em que o Estado Brasileiro tomou ciência da decisão proferida pela Corte Interamericana, deixando com isso de computar parte do período em que o recorrente teria cumprido pena em situação considerada degradante, deixaram de dar cumprimento a tal mandamento, levando em conta que as sentenças da Corte possuem eficácia imediata para os Estados Partes e efeito meramente declaratório.

5. Não se mostra possível que a determinação de cômputo em dobro tenha seus efeitos modulados como se o recorrente tivesse cumprido parte da pena em condições aceitáveis até a notificação e a partir de então tal estado de fato tivesse se modificado. Em realidade, o substrato fático que deu origem ao reconhecimento da situação degradante já perdurara anteriormente, até para que pudesse ser objeto de reconhecimento, devendo, por tal razão, incidir sobre todo o período de cumprimento da pena.

6. Por princípio interpretativo das convenções sobre direitos humanos, o Estado-parte da CIDH pode ampliar a proteção dos direitos humanos, por meio do princípio pro personae, interpretando a sentença da Corte IDH da maneira mais favorável possível aquele que vê seus direitos violados.

7. As autoridades públicas, judiciárias inclusive, devem exercer o controle de convencionalidade, observando os efeitos das disposições do diploma internacional e adequando sua estrutura interna para garantir o cumprimento total de suas obrigações frente à comunidade internacional, uma vez que os países signatários são guardiões da tutela dos direitos humanos, devendo empregar a interpretação mais favorável ao ser humano.

Aliás, essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como "fraterna" (HC n. 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 DIVULG 22/10/2009 PUBLIC 23/10/2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta

lições, notadamente no sentido de reconhecer que todos os órgãos e poderes do Brasil encontram-se obrigados a cumprir as determinações da Corte IDH e, por força do princípio *pro personae*, devem ampliar a interpretação de seus julgados de modo a garantir aquela que seja a mais favorável a quem tem seus direitos violados.

Nota-se que os questionamentos são inúmeros e não se encerram no presente artigo. Contudo, apesar de existirem óbices, vê-se como plena a possibilidade de adaptação do controle de convencionalidade ao sistema jurídico brasileiro, de modo que o Brasil cumpra, na íntegra e por todo o seu aparato institucional (inclusive administrativo), os deveres e os direitos aos quais, voluntariamente, obrigou-se perante o SIDH, de modo a preservar, efetivar e promover os direitos humanos no âmbito regional, evitando ou não tolerando suas violações.

IV. CONCLUSÃO

com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça.

- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade.- um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

8. Os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. É com tal espírito hermenêutico que se deduz que, na hipótese, a melhor interpretação a ser dada, é pela aplicação a Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 2018 a todo o período em que o recorrente cumpriu pena no IPPSC.

9. A alegação inovadora, trazida em sede de agravo regimental, no sentido de que a determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH, teria a natureza de medida cautelar provisória e que, ante tal circunstância, mencionada Resolução não poderia produzir efeitos retroativos, devendo produzir efeitos jurídicos *ex nunc*, não merece guarida. O caráter de urgência apontado pelo recorrente na medida provisória indicada não possui o condão de limitar os efeitos da obrigação decorrentes da Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH para o futuro (*ex nunc*), mas sim de apontar para a necessidade de celeridade na adoção dos meios de seu cumprimento, tendo em vista, inclusive, a gravidade constatada nas peculiaridades do caso.

10. Por fim, de se apontar óbice de cunho processual ao provimento do recurso de agravo interposto, consistente no fato de que o recorrente se limitou a indicar eventuais efeitos futuros da mencionada Resolução de 22 de novembro de 2018 da CIDH fulcrado em sua natureza de medida de urgência, sem, contudo, atacar os fundamentos da decisão agravada, circunstância apta a atrair o óbice contido no Verbete Sumular 182 do STJ, verbis: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."

11. Negativa de provimento ao agravo regimental interposto, mantendo, por consequência, a decisão que, dando provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, determinou o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019. (STJ, 2020, grifo nosso)

Apesar da controvérsia em torno do tema, chega-se ao final desse artigo com a conclusão de que é possível o controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública, não apenas porque assim exige o sistema de proteção implementado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, ao qual se vinculou voluntariamente o Estado brasileiro, mas também porque a Constituição de 1988 determinou com um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos e como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Por isso, não é aceitável que nenhum órgão do Estado se arvore em aventar a possibilidade de descumprimento de um direito humano reconhecido pelo Brasil sob o argumento de legalidade. Tal situação seria, por si, teratológica. Ademais, considerando que o sistema jurídico brasileiro se forma de normas internas e internacionais (levando em conta todo o processo de internalização dessas normas), deve-se falar, como visto acima, em princípio da juridicidade e não da legalidade. Logo, a Administração Pública se sujeita ao império do Direito como um todo e não simplesmente à lei e, nesse sentido, considerando esse novo paradigma, deve proceder ao exame de compatibilidade material dos atos que lhe são submetidos, sob pena de invalidação dos atos por si praticados bem como de negativa de cumprimento de suas finalidades institucionais expressas ou implícitas.

Ademais, como bem explicita Hachem (2021, p. 243), ainda que com grau de intensidade mínimo, os agentes da Administração Pública devem exercer um controle construtivo ou positivo de convencionalidade, que consiste na realização de uma interpretação das normas internas conforme o direito convencional. Assim, malgrado não seja possível declarar a invalidade da norma, nota-se plenamente admissível sua interpretação à luz das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos ou da jurisprudência produzida pela Corte IDH, afastando qualquer interpretação que represente uma violação aos direitos humanos consagrados e acolhidos pelo Brasil.

Acolher a tese do controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública importa no reconhecimento de que o aparato estatal brasileiro se curva diante da força obrigatória da Constituição, promovendo, defendendo e efetivando direitos fundamentais e direitos humanos integrados ao sistema jurídico interno por meio da ratificação de tratados ou convenções internacionais. Essa postura, além de eticamente louvável, é concretamente desejável, uma vez que a implementação desse controle pode tornar-se em importante mecanismo de prevenção de violação desses direitos ou em um verdadeiro instrumento de resolução de conflitos, evitando, pois, a propositura de demandas jurisdicionais no plano interno ou internacional.

V. REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso em habeas corpus nº. 136.961-RJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Brasília, 15 de junho de 2021. DJe: 21 de junho de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002844693&dt_publicacao=21/06/2021

COIMBRA, Elisa Mara. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios à implementação das decisões da Corte no Brasil. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 59-75, jan. 2004

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, ano 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019.

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. *Revista Jurídica (FURB)*, [S.l.], v. 24, n. 53, p. e7853, abr. 2020. ISSN 1982-4858. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/7853>. Acesso em: 18 abr. 2023.

HACHEM, Daniel Wunder. A convencionalização do Direito Administrativo na América Latina. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 207-257, set./dez. 2021.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 5 ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 78, p. 263-296, out./dez. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Brasília*, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar., 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

PERLINGEIRO, Gabriel. Desafios para a implementação do Controle de Convencionalidade pela Administração Pública no Brasil. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 32, p. 81-103, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.