

Breves notas sobre o controle de convencionalidade – novo paradigma para a magistratura brasileira



Sylvia Marlene de Castro Figueiredo

Juíza Federal na Seção Judiciária de São Paulo. Doutora em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Público pela PUC/SP.

RESUMO: O presente estudo focaliza o diálogo entre Cortes com especial enfoque para a atividade interpretativa por parte do aplicador do Direito. Aborda a hermenêutica do Direito Constitucional. Analisa o cidadão como intérprete máximo da Constituição, e o método hermenêutico-concretizador como conformador de um sistema jurídico constitucional aberto e integrado à realidade social que visa a regulamentar. Demonstra que o pluralismo constitucional está a exigir do intérprete constitucional o diálogo entre Cortes. O tema tratado é de grande importância porque a pretensão universal de tutela dos direitos humanos é o principal fundamento teórico para a prática do diálogo transnacional, aliado ao *status* diferenciado dos tratados de direitos humanos e à semelhança entre o objeto de proteção das normas de direitos humanos e das normas protetivas de direito interno. Tem-se, dessa forma, um sistema com múltiplos níveis de proteção, em que vigora a máxima da primazia da norma mais favorável às vítimas. Ademais, a atividade argumentativa do intérprete, durante a interpretação constitucional, tem o condão de realizar efetiva integração jurídico-discursiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Internacional. Pluralismo constitucional. Cortes internacionais. Controle de convencionalidade.

SUMÁRIO: 1. O pluralismo constitucional no Brasil. 2. Controle de convencionalidade. 3. O papel do Poder Judiciário no século XXI. Referências.

1. O pluralismo constitucional no Brasil

Consoante afirmado por Marcelo Dias Varella, o direito contemporâneo passa por um processo de transição e segue na mesma direção do processo de globalização ou mundialização, em que há um aumento da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional, com a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico.

Nesse processo de integração mundial, há a descentralização das fontes, com a criação de redes paralelas ou que interagem, tanto no nível nacional, como nos níveis regional e internacional. Além disso, os valores globais fazem com que o Estado deixe de ser o único comandante do processo de produção normativa internacional e os conceitos de ordem, de espaço e de tempo normativo escapam-lhe das mãos.¹

Assim, o conceito de soberania do Estado é forçado a se modificar, já que os Estados soberanos deixam de ser a fonte exclusiva da produção do Direito.

Portanto, pensamos que o fenômeno de deslocamento de fronteiras dos Estados, a multiplicidade de fontes do Direito e a existência de valores comuns e globais em vários ordenamentos jurídicos nacionais, voltados para a promoção da tutela da pessoa humana, estão a exigir do operador do Direito a compreensão da interdisciplinaridade do Direito constitucional e internacional, que o submete a essa rede de normas, com a finalidade inclusive de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta seara, acreditamos que o diálogo entre Cortes demonstra ser um meio facilitador para a colaboração mútua e para a cooperação internacional e, nesse sentido, têm-se as inéditas disposições do novo Código

de Processo Civil, em seus artigos 26 a 41.

O Poder Judiciário passa a ser inserido em uma nova configuração no plano mundial, dissociado da concepção clássica de soberania nacional, em que o terreno de observação adequado é a esfera desterritorializada dos intercâmbios que modela as interpretações jurisdicionais cosmopolitas.

Com a globalização e o crescimento da sociedade internacional interdependente, que interage cada dia de forma mais entrelaçada, o exercício do poder jurisdicional entre sistemas jurídicos autônomos torna-se interligado e as decisões judiciais locais se baseiam nos argumentos de decisões transnacionais, ao se discutirem as diferentes soluções possíveis para determinado caso concreto.

No mesmo sentido, o surgimento de Cortes internacionais e supranacionais e a preocupação com a proteção dos direitos humanos em nível global aumentam o espaço jurisdicional tradicional e seu âmbito de eficácia, e instrumentos jurídicos locais dilatam a dimensão de atuação jurisdicional doméstica.

Sendo assim, os processos transnacionais afetam, em diversos âmbitos, os contextos institucionais e políticos domésticos. Desse modo, a jurisdição interna passa a ser legitimamente exercida diante de uma justiça transnacional, fundada em embasamentos de reconhecimento universal da tutela do ser humano.

Nessa perspectiva, Roberto Dias e Michael Mohallem assinalam que o desenvolvimento da prática do diálogo jurisdicional acompanha a evolução dos direitos humanos na América Latina.²

Referem os autores que, além da relevância histórica do tema, é possível identificar outras quatro razões contemporâneas relati-

1 VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

2 DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 29, maio/ago. 2014, p. 395.

vas à intensa comunicação entre o Supremo Tribunal Federal e outras Cortes constitucionais.

Os autores revelam que a ampla constitucionalização do Direito, mediante a abrangente inclusão de direitos individuais e sociais, aliada a um sistema de controle de constitucionalidade compreensivo, são fatores que ampliaram a atuação por parte do Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, arrolam a língua portuguesa, o sistema presidencialista, a participação democrática do povo e a independência do Poder Judiciário como fatores propícios à expansão do diálogo de ideias e normas.

Eles elencam o processo de integração regional, consubstanciado pelo Mercosul, como terceira razão para a intensa comunicação entre o Supremo Tribunal Federal e outras Cortes constitucionais.

Finalizam, citando a transformação da Constituição e da jurisprudência constitucional, resultantes da Emenda Constitucional nº 45.

Portanto, cremos que o Brasil se encontra inserido no constitucionalismo multinível, que permeia o ordenamento jurídico atual, através do bloco de constitucionalidade, abertura de cláusulas constitucionais, incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao nosso ordenamento jurídico, dentre outros, que estão a ensejar o efetivo diálogo entre Cortes, seja pelo controle direto de convencionalidade, por meio de provocação da CIDH, seja pelo supracitado controle difuso, a ser exercido pelo Poder Judiciário.

O Brasil reconheceu a jurisdição de inúmeros mecanismos judiciais – ou quase judiciais – internacionais nas diversas áreas, tais como Corte Interamericana de Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional, comitês diversos de tratados internacionais de direitos humanos, órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do

Comércio, Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.³

Ademais, submete-se a vários comitês de direitos humanos estabelecidos em tratados celebrados sob o comando da Organização das Nações Unidas.

2. Controle de convencionalidade

O controle de convencionalidade consiste no exame de compatibilidade dos atos e normas nacionais com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão supranacional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que interpreta o Pacto de San José da Costa Rica.⁴

Pensamos que o controle difuso de convencionalidade constitui um novo paradigma para nortear a atividade jurisdicional de todos os magistrados, os brasileiros inclusive.

Com efeito, constatamos que o pluralismo constitucional está a exigir uma nova postura do aplicador do Direito, que não se deve pautar pelo princípio da hierarquia, mas deve observar a abertura constitucional, o bloco de constitucionalidade e a prevalência das normas de direitos humanos.

O controle de convencionalidade desponta como um instrumento de controle jurisdicional das normas internas frente ao ordenamento jurídico internacional.

Segundo a lição de Marcelo Figueiredo,⁵

3 RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2012, p. 516.

4 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 549.

5 FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade*

o controle de convencionalidade é aquele exercido para verificar a compatibilidade das regras locais (Direito interno) às convenções internacionais, havendo dois tipos de controle de convencionalidade: primário e secundário.

O controle primário de convencionalidade é o efetuado no campo doméstico dos países: juízes, integrantes do Poder Judiciário, devem verificar a compatibilidade entre as normas internacionais e supranacionais com as normas domésticas.

O controle de convencionalidade secundário, ou concentrado, é exercido pelo Tribunal regional competente, no nosso caso, primordialmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos,⁶ ao verificar a compatibilidade do ato interno com o Pacto de San José e seus protocolos adicionais, nos termos dos artigos 63, 67 e 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Dessa maneira, a Corte Interamericana de Direitos Humanos revisa a convencionalidade, verificando se os Estados cumprem as regras e os princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados, com o intuito de conferir se houve alguma violação dessas regras internacionais.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos pretende que os juízes nacionais de nossa região estejam submetidos às suas decisões e almeja que eles sejam auxiliares dessa Corte, mediante a realização do controle difuso de convencionalidade das leis.

Pensamos que todo magistrado, além de realizar o controle de constitucionalidade, tem o dever de efetuar o controle de convencionalidade, principalmente verificando a compatibilidade das normas internas à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, tendo como parâmetro a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além do controle de convencionalidade poder ser exercido na modalidade preventiva, também pode tornar jurisdiciáveis direitos garantidos em tais tratados, viabilizando, portanto, a atuação do Poder Judiciário na proteção aos direitos humanos.

Dessa forma, o controle interno da convencionalidade das leis é complementar e coadjuvante do controle de constitucionalidade.

Creio que é dever dos Tribunais nacionais, e nele incluo o Supremo, conhecer e aplicar o direito internacional (dos direitos humanos).

[...]

Se o Supremo é guardião da Constituição, como diz o texto, deve aplicá-la também realizando o controle de convencionalidade.

[...] por força do § 3º, do art. 5º, da CF, os tratados internacionais de direitos humanos devem servir de parâmetro de controle de convencionalidade pelo STF. Pois se assim é, é possível e desejável que haja regular e naturalmente ações diretas (e declaratórias) de inconstitucionalidade ou de inconvenção de leis ou de atos normativos federais, estaduais perante nosso STF.

É dizer todas as ações hoje cabíveis no controle abstrato de constitucionalidade perante o STF servem também ao controle de convencionalidade.⁷

Por conseguinte, podemos concluir que as ações cabíveis no controle abstrato de constitucionalidade igualmente se aplicam ao controle de convencionalidade, havendo dois tipos de controle de convencionalidade: o abstrato e o concreto, tal como ocorre no controle de constitucionalidade, sendo certo que o direito nacional deve se amoldar às regras postas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Cabe então ao Poder Judiciário controlar a compatibilidade de tais normas, seja por

dade e de convencionalidade no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 87.

6 *Ibidem*, p. 89.

7 *Ibidem*, p. 94-95.



intermédio do controle abstrato, seja por meio do controle concreto, de acordo com suas regras de jurisdição e competência.

Amplia-se, desse modo, o diálogo entre Cortes nacional e supranacional, através do controle de convencionalidade.

Com efeito, verifica-se a necessidade desse diálogo entre as diversas ordens, em especial no campo dos direitos humanos, ante a pluralidade de respostas, nem sempre coincidentes entre si, que essas ordens podem fornecer para um mesmo problema jurídico-constitucional relacionado a direitos dessa natureza.

O pluralismo constitucional está a exigir dos magistrados, além de conhecerem a ordem jurídica doméstica, serem os guardiões da jurisprudência das Cortes e Tribunais internacionais.⁸

8 FIGUEIREDO, Marcelo. *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 17.

Dessa forma, podemos concluir no sentido de que, no cenário atual, é inevitável o diálogo entre juízes constitucionais de diversos países, envolvendo não só uma mútua cooperação, mas inclusive um “intercâmbio acadêmico”, tendo o Brasil adentrado, neste início de século XXI, de forma mais intensa, no diálogo entre Cortes e, por sua vez, no controle de convencionalidade.

Marcelo Figueiredo questiona se há um controle de convencionalidade no Supremo Tribunal Federal, bem como se os seus juízes regularmente levam a Corte Interamericana de Direitos Humanos em conta, e se, diante de pleitos concernentes a tratados internacionais, especialmente de direitos humanos, aplicam tais normas, considerando o que já decidiu aquela Corte.⁹

Pensamos que a resposta a essa indagação deve ser positiva, pois, no julgamento do RE nº 466.343-1/SP, o Supremo Tribunal Federal, em 2008, inaugurou o controle de convencionalidade no Brasil, na medida em que o paralelo feito entre a norma internacional (o Pacto de San José da Costa Rica) e a norma interna (as normas infraconstitucionais que buscam regular o inc. LXVII do art. 5º da CF) levou o Supremo Tribunal Federal a privilegiar a aplicação do tratado, em detrimento dos dispositivos internos do ordenamento jurídico brasileiro.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é a intérprete principal e final das normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos comportamentos tidos como infratores aos direitos dessa Convenção, ao passo que as posições dos Estados variam, não obstante, atualmente, prevaleça na América Latina o acatamento das decisões da Corte pela maioria dos Estados que subscreveram a Declaração.

Anote-se, outrossim, que, além do diálogo entre juízes constitucionais, os demais juízes, que não os dos Tribunais constitucionais, são

9 *Ibidem*, p. 94.

também guardiões das decisões das Cortes internacionais de direitos humanos, no nosso caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que lhes compete fazer o controle difuso de convencionalidade.

Neste ponto, cumpre indagar se os magistrados brasileiros podem realizar esse controle difuso de convencionalidade e, em caso afirmativo, verificar se o efetuam.

Pois bem, o artigo 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que nenhuma disposição do Pacto de San José poderá ser interpretada no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção de que seja parte um dos Estados.

O artigo 5º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também cuida do princípio *pro homine* e constitui fundamento de validade para o controle difuso de convencionalidade.

Por sua vez, o artigo 68.1 do Pacto de San José estabelece que os Estados membros se comprometem a cumprir a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos em que sejam partes.

Além disso, a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, na Opinião Consultiva nº 5/85, parágrafo 52, o emprego da norma mais favorável, se aplicáveis a Convenção Americana de Direitos Humanos e outro tratado internacional ao mesmo caso.

Assim, os fundamentos jurídicos para o controle difuso de convencionalidade são constituídos pelos artigos 29.b e 5º acima referidos, que revelam o princípio *pro homine*, ao lado do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que cuida do princípio da boa-fé.

Ademais, o bloco de convencionalidade, composto pelo Pacto de San José e pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direi-

tos Humanos, é o parâmetro para o controle difuso de convencionalidade.¹⁰

Eduardo Ferrer Mac-Gregor afirma que, além do controle concentrado de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como parte de sua competência, os juízes e órgãos de administração de justiça nacionais ou domésticos dos Estados que tenham subscrito a Convenção Americana de Direitos Humanos também estão compelidos, com maior intensidade aos que tenham aceito a jurisdição dessa Corte, a realizar o controle de convencionalidade de caráter difuso.¹¹

O mesmo autor refere que o controle é uma nova manifestação da constitucionalização ou nacionalização do direito internacional.

De acordo com esse autor, o controle difuso de convencionalidade diz respeito ao dever dos juízes nacionais de realizarem um exame de compatibilidade entre os atos e normas nacionais e a Convenção Americana de Direitos Humanos, seus protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que interpreta esse diploma interamericano, os quais constituem o bloco de convencionalidade.

Há vínculos estreitos entre a interpretação conforme e o controle difuso de convencionalidade, na medida em que esse controle significa realizar uma interpretação da norma nacional conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos, seus protocolos e a jurisprudência convencional, harmonizando-se o dispositivo normativo interno à norma convencional.

O exercício de compatibilidade pode ser realizado por qualquer juiz, dentro do âmbito de sua competência, reservando-se a declaração de inconvenção da norma

10 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Prólogo de Diego Valadés; estudio introductorio de Héctor Fix-Zamudio. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 609.

11 *Ibidem*, p. 707.

aos juízes que tenham competência, similar ao sistema de controle de constitucionalidade das leis.

Dessa forma, pensamos que aos juízes brasileiros cabe reconhecer, de forma incidental e de ofício, a inconveniência normativa em caso de sua competência, ficando reservada aos juízes constitucionais a declaração para a retirada de citada norma do nosso ordenamento jurídico, tal como ocorre em sede de controle de constitucionalidade.

Anote-se que essa atividade jurisdicional reforçará a tutela dos direitos humanos e conduzirá à observância da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inaugurando um novo estágio de interpretação constitucional.

Conquanto inexista no ordenamento jurídico brasileiro previsão expressa para a realização do controle difuso de convencionalidade ou a existência de uma cláusula de interpretação conforme o direito comparado – como ocorre na Constituição da Espanha de 1978 (art. 10.2); na Constituição de Portugal de 1976 (art. 16.2); na Constituição da Bolívia de 1988 (art. 13, IV); na Constituição da Colômbia de 1991 (art. 93); na Constituição do Peru de 1993 (art. 4º da disposição final e transitória); na Constituição do México (art. 1º, § 2º) –, pensamos que o disposto nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal, que tratam do bloco de constitucionalidade e da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito constitucional, autoriza a realização do controle difuso de convencionalidade e permite a adoção, por parte do operador do Direito, de um processo interpretativo de harmonização que prestigie o princípio *pro homine* e consagre os direitos e garantias constitucionais e convencionais, deixando-se de aplicar, incidentalmente, a norma interna, em prestígio da disposição oriunda de tratado internacional, mais benéfica à pessoa humana.

Como examinamos no tópico sobre a

Corte Interamericana de Direitos Humanos deste estudo, há inúmeros julgados proferidos pela Corte que constituem um catálogo de interpretação convencional a ser observado pelos juízes nacionais, que devem atuar como guardiões da convencionalidade, nas palavras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor,¹² em efetivo diálogo entre a Corte e as jurisdições nacionais.

Assim, aos juízes e órgãos da Justiça nacional compete a missão de tutelar os direitos fundamentais constitucionais e o conjunto de valores, princípios e direitos humanos que o Estado tenha reconhecido através de instrumentos internacionais e cujo compromisso internacional tenha assumido.

O diálogo entre Cortes, por meio do controle de convencionalidade, se transforma em um instrumento de integração regional e de fortalecimento da tutela dos direitos humanos na América Latina.

Entendemos que, paralelamente ao controle concentrado da convencionalidade, exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que deve observar o princípio da subsidiariedade, o controle difuso de convencionalidade se trata de um novo paradigma a nortear a atividade jurisdicional dos magistrados, a ser realizado pelos juízes brasileiros com base no disposto pelo artigo 5º, parágrafos 2º e 3º, da Carta Magna, convertendo-os em juízes interamericanos, cuja missão os transforma em guardiões da convencionalidade. Acreditamos, por fim, que os juízes brasileiros estão inseridos nesse cenário atual regido pelo pluralismo constitucional, de modo que têm o dever de realizar o controle difuso de convencionalidade. No próximo tópico, pretendemos demonstrar que o Poder Judiciário brasileiro tem realizado

12 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 586.

o processo interpretativo considerando as convenções internacionais vigentes sobre direitos humanos, efetuando, por consequência, necessário controle de convencionalidade.

3. O papel do Poder Judiciário no século XXI

Como afirmamos no início deste trabalho, diante do pluralismo constitucional que vigora neste século XXI, a prática do diálogo entre o ordenamento jurídico nacional e o ordenamento supranacional, principalmente por meio do controle de convencionalidade, mostra ser um novo paradigma a embasar a atividade jurisdicional do magistrado.

Esse magistrado passa a ser, então, um guardião do bloco de convencionalidade.

Com efeito, o magistrado brasileiro do século XXI deixa de ser mero aplicador automático da lei, que realizava a subsunção do fato à norma legal, e passa a ser o coordenador das inúmeras fontes do direito, quer oriundas do direito interno, quer de tratados internacionais, pautando-se pela tutela dos direitos humanos.

Cremos que o diálogo entre Cortes representa uma via harmonizadora da complexidade dos diversos ramos do Direito que permeiam a atualidade moderna e que o precedente jurisprudencial é um instrumento valioso dentro desse contexto.

Acreditamos, outrossim, que a valorização e as especificidades do Direito, inerentes ao Estado Democrático de Direito, acarreta modificações no papel do juiz, cabendo-lhe, ao dizer em cada caso concreto qual

dos princípios em conflito deverá prevalecer para solucionar o pleito trazido à baila, valer-se do diálogo necessário entre Cortes, principalmente do controle difuso de convencionalidade.

Deveras, o bloco de constitucionalidade, existente por força do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, aliado à forma privilegiada de recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, colocam ao alcance dos operadores do Direito o controle difuso de convencionalidade.

Assim, os juízes têm a importante missão de salvaguardar os direitos fundamentais previstos em seu ordenamento jurídico interno, bem como o conjunto de valores, princípios e direitos humanos que o Estado reconhece mediante a incorporação de instrumentos que convencionou internacionalmente.

Os juízes nacionais se convertem nos primeiros intérpretes da normatividade internacional, tendo a missão de tutelar o corpo jurídico interamericano, através do controle difuso de convencionalidade das leis.

Esse operador do Direito, que está inserido nesse cenário de pluralismo consti-



tucional, em que o conceito de soberania dos Estados passa a ser relativo, deve se valer do bloco de constitucionalidade e da recepção privilegiada dos tratados de direitos humanos para efetuar o controle de convencionalidade das leis ou realizar a interpretação conforme a Constituição, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência convencional.

A proteção ao ser humano passa a ser o centro da ordenação jurídica mundial.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, redefiniu-se a Constituição e a influência do Direito constitucional sobre as instituições contemporâneas.

O diálogo das fontes eleva a visão do intérprete para o *télos* do conjunto sistemático de normas, inseridas num feixe de pluralidade normativa, em que se prestigiam os valores constitucionais e os direitos humanos, tutelando-se o sujeito vulnerável, em ajuste entre a autonomia da vontade e liberdade, confrontada com o direito à diferença e à igualdade.

Segundo o artigo 8º do Código de Processo Civil, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Tais diretrizes devem guiar o magistrado na interpretação do ordenamento jurídico e na consequente aplicação do Direito ao caso concreto que lhe é submetido para análise e decisão.

O artigo 140, *caput*, do Código de Processo Civil, ao prescrever que “o juiz não se exime de decidir sob alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”, estabelece que o juiz dos dias atuais não está vinculado à mera subsunção da lei, cabendo-lhe decidir, caso a caso, conforme o ordenamento jurídico, visando a atender às necessidades da sociedade.

O juiz, dessa maneira, decide com base

em precedente jurisprudencial, doutrina e princípios jurídicos.

O precedente jurisprudencial ganha força, tanto que o artigo 927 do Código de Processo Civil reforça a necessidade de respeito à jurisprudência de órgãos superiores, nas determinadas condições que elenca, como nas decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso especial ou extraordinários repetitivos, dentre outras hipóteses.

Concluimos, portanto, no sentido de que os magistrados brasileiros devem preservar o princípio da indeclinabilidade da jurisdição e observar o disposto pelo artigo 8º, combinado com o artigo 140, ambos do Código de Processo Civil, principalmente no que diz respeito ao resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana e tutela do princípio *pro homine*.

Constatamos, também, que a aplicação do Direito constitucional é embasada no reconhecimento da força normativa da Constituição; expansão da jurisdição constitucional e desenvolvimento da interpretação constitucional.

Assim, a força normativa da Constituição, aliada à expansão da jurisdição constitucional, representada pela supremacia da Constituição, através do controle concentrado e difuso de constitucionalidade, pela arguição de descumprimento de preceito fundamental e pela constitucionalização dos direitos humanos, cuja proteção passou a caber ao Poder Judiciário, mediante controle de convencionalidade das leis em face do bloco de convencionalidade, provocam impacto sobre a hermenêutica jurídica de maneira geral e, especialmente, sobre a interpretação constitucional.

Dessa forma, observamos que o papel do Poder Judiciário sofreu grandes modificações no século XXI, cabendo ao juiz dizer, em cada caso concreto, qual dos princípios

em conflito deverá prevalecer para solucionar o pleito trazido à baila, cuja atuação é delimitada pelos parâmetros do próprio regime constitucional, e inclusive: (i) pelo princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional; (ii) por caber ao Poder Judiciário o cumprimento dos valores e direitos constitucionais, visto que o Brasil é um Estado Democrático de Direito; (iii) porque os direitos e garantias fundamentais são valores ínsitos à interpretação da Constituição e de seus destinatários; (iv) em razão do princípio da dignidade da pessoa humana; (v) por considerar que os direitos constitucionais fundamentais, como saúde, educação, moradia, etc. são de variada eficácia e aplicabilidade, demandando a integração dos vários poderes para sua total fruição pelas pessoas.

Observamos que o fenômeno da internacionalização dos direitos é uma realidade: com a ampliação do leque dos atores internacionais na produção normativa internacional, em virtude da variedade de temas objeto do Direito internacional, surgem, as redes paralelas, ou redes que interagem em nível nacional, regional ou internacional.

A expansão dos tratados e a proliferação dos Tribunais internacionais ampliam a jurisdição e a aplicação do Direito internacional, fazendo com que os Estados nacionais passem a ficar vinculados aos diversos compromissos globais, de modo que o emprego do Direito internacional se torna atribuição do Poder Judiciário como um todo.

Fala-se, então, em interdisciplinaridade entre o Direito constitucional e o Direito internacional.

Ademais, o diálogo entre Cortes demonstra ser um meio favorável para a criação de um Direito comum de cooperação.

Além disso, pensamos que a abertura das normas constitucionais, as formas de recepção dos tratados internacionais e o patamar hierárquico que eles adquirem no ordenamento jurídico, especialmente com o advento da Emenda

Constitucional nº 45/2004, que confere aos tratados internacionais de direitos humanos a hierarquia de emendas constitucionais, são de extrema importância, na medida em que os tratados internacionais desempenham um papel primordial para a expansão do Direito internacional e sua progressiva assimilação pelos sistemas domésticos, favorecendo o diálogo jurisdicional, principalmente pelo controle de convencionalidade.

Acreditamos que a pretensão universal de tutela dos direitos humanos configura-se como o fundamento teórico preponderante para a prática do diálogo transnacional, aliado ao patamar diferenciado dos tratados de direitos humanos e à semelhança entre o objeto de proteção das normas de direitos humanos e das normas protetivas de direito interno.

Tem-se, dessa forma, um sistema com múltiplos níveis de proteção, em que vigora a máxima da primazia da norma mais favorável às vítimas.

Do exame dos julgados citados no presente estudo, chegamos à conclusão de que o diálogo entre Cortes, particularmente pelo controle de convencionalidade, é um fenômeno jurídico relativamente recente, observado pelo Poder Judiciário como um todo, não obstante a existência de posicionamentos doutrinários em sentido contrário.

Com efeito, o controle difuso de convencionalidade tem sido e deve ser utilizado, como regra geral, pelos juízes brasileiros.

Além do controle concentrado de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como parte de sua competência, os juízes e órgãos de administração de justiça nacional ou domésticos dos Estados que tenham subscrito a Convenção Americana de Direitos Humanos também estão compelidos, com maior intensidade aos que tenham aceito a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a realizar o controle de convencionalidade de caráter difuso.

Portanto, aos juízes brasileiros cabe reconhecer, de forma incidental e de ofício, a inconvenção normativa em caso vinculado a sua competência, ficando reservada, aos juízes constitucionais, a declaração para a retirada de citada norma do nosso ordenamento jurídico, tal como ocorre em sede de controle de constitucionalidade.

Essa atividade jurisdicional constitui um novo paradigma na atividade jurisdicional dos magistrados, que reforçará a tutela dos direitos humanos e conduzirá à observância da Convenção Americana de Direitos Humanos e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inaugurando um novo estágio de interpretação constitucional.

Referências

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*: RBEC, Belo Horizonte, Fórum, ano 8, n. 29, p. 371-402, maio/ago. 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 547-658.

_____. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Prólogo de Diego Valadés; estudio introductorio de Héctor Fix-Zamudio. Madrid: Marcial Pons, 2013. Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3384-panoramica-del-derecho-procesal-constitucional-y-convencional>>. Acesso em: 30 out. 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões*. Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, jan./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955/70563>>. Acesso em: 30 out. 2016.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.