

# REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 11 | N.1 | ENERO/JUNIO 2024 | ISSN 2362-583X



RED DOCENTE  
EUROLATINOAMERICANA  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



# Controle de convencionalidade pela função administrativa: argumentos favoráveis

## *Conventionality control by the administrative function: favorable arguments*

FELIPE KLEIN GUSSOLI <sup>1, \*</sup>

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil)

gussoli@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-2585-6548>

**Recibido el/Received:** 29.02.2024 / February 29<sup>th</sup>, 2024

**Aprobado el/Approved:** 14.06.2024 / June 14<sup>th</sup>, 2024

### RESUMO

A jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que todos os órgãos de Estado, no marco de suas competências, devem realizar controle de convencionalidade. A jurisprudência internacional indica que todas as funções estatais exercidas pelos Poderes da República, bem como órgãos não identificados classicamente dentro de algum daqueles Poderes, devem obrigatoriamente realizar de ofício o controle de convencionalidade de normas jurídicas e práticas estatais. Contudo, no Brasil tal prática não ocorre entre os órgãos que exercem função administrativa, havendo um descompasso entre a jurisprudência internacional e o comportamento dos agentes públicos nacionais no exercício de suas competências. O artigo apresenta os principais argumentos favoráveis ao exercício da técnica pela função administrativa, posicionando-se na corrente extensiva quanto ao sujeito competente para realizá-la.

**Palavras-chave:** controle de convencionalidade; controle administrativo; função administrativa; Corte Interamericana de Derechos Humanos; competência administrativa.

### ABSTRACT

*The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights states that all State bodies, within the framework of their competences, must carry out conventionality control. International jurisprudence indicates that all state functions exercised by the Powers of the Republic, as well as bodies not classically identified within any of those Powers, must carry out ex officio control of the conventionality of legal norms and state practices. However, in Brazil this practice does not occur among bodies that perform administrative functions, with a gap between international jurisprudence and the behavior of national public agents in the exercise of their powers. The article presents the main arguments in favor of exercising the technique through administrative functions, positioning itself in the extensive current regarding the subject competent to carry it out.*

**Keywords:** conventionality control; administrative control; administrative function; Inter-American Court of Human Rights; administrative competence.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade pela função administrativa: argumentos favoráveis. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 11, n. 1, e255, ene./jun. 2024. DOI 10.14409/redoeda.v11i1.13818.

\* Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Advogado.



## SUMÁRIO

**1.** Introdução. **2.** O controle de convencionalidade pela função administrativa satisfaz os direitos humanos sem necessidade de postergação do conflito ao Judiciário. **3.** O princípio da separação de Poderes do Estado não é rígido nem absoluto. **4.** A Corte IDH tem legitimidade para interpretar a CADH e identificar competências para a função administrativa. **5.** O controle de convencionalidade pela função administrativa atende ao desejado efeito útil dos tratados. **6.** A presunção de convencionalidade das normas é relativa. **7.** O controle de convencionalidade pela função administrativa contribui para a prevenção da responsabilidade internacional do Estado. **8.** A falta de regulação do controle de convencionalidade não pode impedir o exercício de uma técnica que satisfaz direitos humanos. **9.** Segurança jurídica: o controle de convencionalidade pela função administrativa não afasta a possibilidade de controle jurisdicional. **10.** Conclusão. **11.** Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O controle de convencionalidade internacional realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) coexiste com o controle nacional,<sup>1</sup> o que segundo Santofimio Gamboa é “um dever funcional de todas as autoridades e poderes dos Estados-parte.”<sup>2</sup> É verdade, no entanto, que a falta de clareza por parte da Corte IDH, criadora da técnica, levou a diversas interpretações acerca do seu significado, e trouxe dúvidas sobre quem poderia e quem não poderia realizar controle de convencionalidade.<sup>3</sup> Diante das dúvidas, e com base em interpretação conduzida pelo princípio pro persona, o presente artigo busca demonstrar que a corrente extensiva de interpretação das competências da função administrativa para o exercício do controle de convencionalidade possui vantagens se comparada à corrente restritiva de exercício da técnica. Serão apresentados os principais argumentos favoráveis ao controle de convencionalidade pela função administrativa a fim de reforçar a defesa de que a atribuição dessa competência aos agentes administrativos, indistintamente<sup>4</sup>, amplia o grau de proteção aos seres humanos.

<sup>1</sup> BELLOCCHIO, Lucía. Conventionality control in Argentine case law. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 1, p. 61-74, jan./abr. 2021. p. 62.

<sup>2</sup> O autor sustenta o dever no art. 2 da CADH, eminentemente. (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 447).

<sup>3</sup> DÍAZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 59.

<sup>4</sup> Sem restrição ao controle por órgãos hierárquicos, supostamente dotados de alguma missão especial ou considerados mais importante no Estado brasileiro.



## 2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA SATISFAZ OS DIREITOS HUMANOS SEM NECESSIDADE DE POSTERGAÇÃO DO CONFLITO AO JUDICIÁRIO

A proteção e garantia primárias dos direitos humanos não deve ser exclusividade do juiz.<sup>5</sup> Parte do problema da ineficácia dos direitos humanos e fundamentais no plano fático está na recusa da Administração Pública em decidir, correta e corajosamente, em homenagem à melhor proteção do ser humano a quem serve. Se a cada momento em que imposta uma decisão os órgãos administrativos, especialmente do Poder Executivo, relegam (propositalmente ou não) suas competências ao Judiciário, por inércia ou ação, tem-se uma crise jurídica e de legitimidade sistêmica,<sup>6</sup> que além de tudo acomoda as pautas políticas a uma constante e inefetiva judicialização do que deveria ser resolvido na esfera administrativa.<sup>7</sup>

O fortalecimento da autonomia administrativa, em processos administrativos, é um dos caminhos para o enfrentamento desses dilemas, cujas soluções não são apenas jurídicas. O controle de convencionalidade como dever-poder da Administração Pública vem se somar ao objetivo de valorização da função administrativa exercitada em prol do ser humano na medida em que evita uma violação a direitos e dá cumprimento direto às prescrições jurídicas constantes em tratado internacional. Deixar só aos “juizes interamericanos” o dever de controle de ofício a convencionalidade de normas é ignorar

<sup>5</sup> DIAS JUNIOR, José Armando Ponte; SALGADO, Eneida Desiree. Human rights in procedural democracies: a contribution to the debate. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 668-685, set./dez, 2021.

<sup>6</sup> “Em brevíssimo resumo, na falência dos Estados de bem-estar social e a incapacidade do Poder Executivo de prover os pleitos cada vez mais complexos, a sociedade se volta para o Judiciário, em busca de soluções que o Executivo não consegue dar, e ainda para suprir lacunas de uma crônica crise de representação que esvazia a confiança no Legislativo. Paulatinamente, os juizes vão ocupando os espaços vazios e se transformando em *guardiães das promessas* de uma sociedade que mais tarde, frustrada, os responsabilizará pelos insucessos.” “Em boa medida, podemos caracterizar a enorme litigiosidade, muitas vezes, como uma escolha do réu e não propriamente de quem demanda. A forma de resolvê-la não se dará com súmulas vinculantes ou mecanismos que asseguram julgamentos repetitivos por repercussão geral. Mesmo nestas condições, a criação de novas demandas será sempre mais rápida que a forma, ainda que abreviada, de resolvê-las. Em relação a grandes empresas de massa, que absorveram os serviços públicos nas privatizações, e que são hoje, em regra, as mais processadas na área do consumo, o que falha, sobretudo, é a ação reguladora.” “A tolerância na regulação, o esvaziamento do poder de polícia que se deu com o enxugamento do estado neoliberal – mais aprofundado, ainda, desde que inicia o governo Bolsonaro, aliás -, é que projeta tantas demandas para o horizonte judiciário.” (SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça**: Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 27-28/62).

<sup>7</sup> “Também os movimentos sociais se acomodam a esta lógica, de buscar as brechas da Justiça de modo a garantir a realização de algumas políticas públicas que o administrador relega, em face dos privilégios históricos. É justamente a população mais vulnerável que é mais credora de políticas públicas, porque o Estado tradicionalmente dá mais a quem precisa menos. A longo prazo, o resultado leva a disputa a lugares em que a mobilização tem pouca valia e a capacidade de enfrentamento político vai se tornando cada vez menos usual.” (SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça**: Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 29).



ainda que muitos casos decididos pela Administração Pública não são judicializados. O Judiciário depende de provocação para atuar no exercício da sua função típica, o Poder Executivo e os órgãos da função administrativa não.

Nesse sentido, o argumento genérico de que a declaração de inconvenção não caberia à Administração, pois só a função jurisdicional pode controlar a validade de leis e à função administrativa cabe-lhes aplicar, é falho ele mesmo. O interdito ao controle de validade de leis pela Administração Pública deslocado da análise concreta de cada ordenamento jurídico ignora a hierarquia das fontes, o princípio *pro persona*, e posterga a análise de inconvenção por uma instância judicial que *sequer obrigatoriamente emitirá seu juízo*, pois depende de provocação.<sup>8</sup> A judicialização nunca é uma certeza, de forma que é mais vantajoso o controle direto de convencionalidade pela função administrativa, com observância do critério *pro persona* e abertura à judicialização pela parte que se sentir prejudicada pela decisão.

Não se pode ignorar, ademais, que ainda nos casos judicializados, o fato é que o controle de convencionalidade ainda é incipiente no próprio cotidiano forense.<sup>9</sup> Assim, o controle de convencionalidade pela Administração Pública, ao mesmo tempo que aumenta a importância dos agentes públicos se justifica, também no princípio da razoável duração dos processos administrativo e judicial,<sup>10</sup> mandamento constitucional (art. 5º, LXXVIII da CF)<sup>11</sup> e convencional (art. 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH).<sup>12</sup>

Concordar que só juízes podem realizar controle de convencionalidade seria aceitar um sem-número de casos que serão apenas enfrentados em sede administrativa e que, a despeito das inconvenções que possam lhe viciar, não estarão sujeitos a um efetivo controle de adequação aos tratados de direitos humanos. Por que a “pluralidade de intérpretes” da CADH deve se limitar a uma pluralidade de juízes e tribunais, quando muitos são os agentes públicos que aplicam normas no exercício de suas funções e

<sup>8</sup> GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, jan./jun. 2016. p. 24.

<sup>9</sup> ALMEIDA, Marcelo Pereira de; BYRRO, Carolina de Carvalho. A ação popular no controle da administração pública sob o parâmetro da convencionalidade. **Conhecimento & Diversidade**, Niterói, v. 11, n. 23, p. 28-44, jan./abr. 2019. p. 30.

<sup>10</sup> O princípio da razoável duração do processo é invocado também por Juarez Freitas na defesa do controle de constitucionalidade pela Administração Pública. Cf. FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 233.

<sup>11</sup> (Constituição Federal) Art. 5º (...) LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

<sup>12</sup> (CADH) “Art. 25.1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”



potencialmente violam direitos humanos por ação ou omissão? A realização de controle de convencionalidade pela função administrativa protege com mais efetividade<sup>13</sup> e mais celeremente os cidadãos diante de normas e práticas contrárias a tratados de direitos humanos. Os integrantes do Poder Judiciário podem até ter um papel destacado no controle de convencionalidade, mas não um papel exclusivo.<sup>14</sup>

Por fim, a criticada falta de vocação dos agentes da função administrativa para manejar conflitos classificados como jurídicos não pode servir de fundamento para descumprimento do bloco de convencionalidade. Aquela falta de vocação deve ser enfrentada com capacitação dos agentes públicos e investimento em órgãos de consultoria jurídica, pois o ordenamento jurídico prevê importantes competências decisórias à Administração Pública que não podem ficar alheia à força da convencionalidade.

### 3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES DO ESTADO NÃO É RÍGIDO NEM ABSOLUTO

O princípio da separação de poderes previsto no art. 2º da Constituição brasileira<sup>15</sup> não impede o reconhecimento de competências controladoras de convencionalidade pela função administrativa. Em primeiro lugar, não existe um modelo natural, típico ou obrigatório de relação entre os poderes de Estado. Conforme lição de Bacellar Filho e Hachem, o modelo político constitucional, as transformações sociais que mudam formal e informalmente o sentido das normas constitucionais, o contexto e as exigências históricas alteram caso a caso a forma de relação entre os Poderes e funções de Estado.<sup>16</sup> O sentido das normas da Constituição não é imutável. A separação de poderes não é rígida nem atemporal. Não há um momento constitucional como um ponto no tempo repleto da racionalidade extraordinária e unidirecional a partir dali. Pelo contrário, “constituição é uma narrativa em andamento constantemente entrelaçando uma

---

<sup>13</sup> “A maioria dos autores têm defendido a noção de que o controle difuso de convencionalidade tem exclusivamente uma sede jurisdicional. Sem embargo, resulta insuficiente pensar que só os juízes, através de sua atividade jurisdicional, podem proteger os direitos humanos.” (RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 181).

<sup>14</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad**: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 319.

<sup>15</sup> (Constituição Federal) “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

<sup>16</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. Ópera Prima de Derecho Administrativo - **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, México D.F., n. 10, p. 59-114, 2011; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público**, v. 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011.



diversidade de perspectivas, preocupações e imaginações em curso.”<sup>17</sup> Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo destaca a atuação estatal em favor do ser humano e do meio ambiente que habita, admitindo-se a articulação entre as funções estatais em prol da máxima efetividade dos direitos humanos e fundamentais.<sup>18</sup>

Não existe primazia controladora de normas ou interpretativa da Constituição pelo Judiciário em todos os lugares e tempos<sup>19</sup>, pois mesmo suas decisões só são efetivas e cumpridas caso haja legitimidade e equilíbrio constitucional contextual que o permita.<sup>20</sup> O que fizeram o constitucionalismo liberal e os teóricos da separação de poderes foi esconder essa tensão de que participa o Judiciário<sup>21</sup>, embora ele esteja também imbricado no conflito constitucional.<sup>22</sup>

É inegável que a função jurisdicional é vocacionada à solução de conflitos mediante oitiva de todas as partes envolvidas, “e não só a parte que reclama ter sido maltratada.”<sup>23</sup> O sistema processual judicial é formatado para compatibilizar as necessárias correções das decisões políticas sem necessariamente anular a autoridade dos demais Poderes.

<sup>17</sup> DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A.. On the limits of constitutional liberalism: in search of constitutional reflexivity. In: DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A. (Eds.). **Constitutionalism Beyond Liberalism**. Cambridge University Press, 2016. p. 25.

<sup>18</sup> “(...) força concluir que no Estado Constitucional contemporâneo abandona-se a separação absoluta entre os Poderes de Estado, admitindo-se o balanceamento entre eles através de seu controle recíproco, como forma de assegurar não apenas os direitos fundamentais de abstenção da Administração, mas também os direitos que exigem prestações positivas.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. Ópera Prima de Derecho Administrativo - **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, México D.F., n. 10, p. 59-114, 2011. p. 74-75).

<sup>19</sup> O princípio da separação de poderes não interdita ou obriga, abstratamente, o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário. Como lembra Eduardo Jordão, em nenhum sistema que adotou a separação de poderes como norma houve uma “perfeita e imaculada fragmentação dos Poderes do Estado, nem atribuição das atividades típicas de cada Poder exclusivamente a ele.” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 622).

<sup>20</sup> DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A.. On the limits of constitutional liberalism: in search of constitutional reflexivity. In: DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A. (Eds.). **Constitutionalism Beyond Liberalism**. Cambridge University Press, 2016. p. 26.

<sup>21</sup> O mito envolto ao judiciário depende sobretudo da estabilidade das instituições. Bandieri disserta sobre a importância do controle de convencionalidade para assegurar os direitos humanos, mas também é bastante realista quando lembra sobre a posição cambaleante do Poder Judiciário em certos contextos próximos ao estado de exceção ou já nele insertos, na medida “as instituições judiciais não servem para evitar os atos de força, sejam assembleários, de forças militares ou de irregularidades se façam com o poder. Menos ainda, resultam no tipo de instituições que não podem resistir ao terror. Quando aparece, ou bem os tribunais se dobram a ele, ou bem rapidamente sofrem intervenção: o Direito não pode dar proteção quando está suspenso.” (BANDIERI, Luis Maria. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas. **Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural**: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Octubre, 2013. p. 12).

<sup>22</sup> DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A.. On the limits of constitutional liberalism: in search of constitutional reflexivity. In: DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A. (Eds.). **Constitutionalism Beyond Liberalism**. Cambridge University Press, 2016. p. 26-27.

<sup>23</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, n. 28, p. 9-32, jul./dez. 2006. p. 21.



Por exemplo, pode anular uma decisão sem impor um caminho único para que o Legislativo ou Executivo resolvam o conflito. Entretanto, não é possível ignorar as tensões provocadas pelo modelo de revisão judicial nas democracias deliberativas. Entre as deficiências estão aquelas registradas por Gargarella, como: **(a)** a baixa legitimidade democrática dos juízes ao impor suas próprias posições frente àquelas decididas pelo povo; **(b)** um possível elitismo intelectual dos poucos magistrados responsáveis pela decisão controladora expressada pelo conjunto do povo; **(c)** a característica de definitividade das decisões judiciais, propensas à estabilidade e que ao revés da democracia deliberativa não aceita o debate “aberto e constante”; **(d)** a inviabilidade prática de um diálogo entre Poderes de Estado ou entre Poder Judiciário ou povo, quando o sistema constitucional atribui autoridade final e máxima à decisão dos tribunais.<sup>24</sup>

Diante disso, é preciso desmistificar o Judiciário em todos os sentidos.<sup>25</sup> Não deve haver prerrogativa do Judiciário na interpretação e invalidação das normas. Mesmo o juiz constitucional, “poderá ser o intérprete mais importante, mas não o único.”<sup>26</sup> O Poder Judiciário é “guardião do direito, mas não o senhor do direito.”<sup>27</sup> Além dos questionamentos sobre a legitimidade decisória de seus membros<sup>28</sup>, não necessariamente a melhor decisão, nem a mais correta, vem do Judiciário.<sup>29</sup> De outro lado, assim como a atuação dos órgãos dos demais poderes, o Poder Judiciário não é livre de contradições

<sup>24</sup> GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, n. 28, p. 9-32, jul./dez. 2006. p. 21-28.

<sup>25</sup> REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **Democratização do Poder Judiciário no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 294.

<sup>26</sup> MARTÍNEZ, Augusto Durán. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. p. 119.

<sup>27</sup> “A atual concepção de direito converteu o juiz de direitos humanos no homem mais poderoso do mundo. Mas não deixa de ser homem, motivo pelo qual carece de poderes ilimitados.” (MARTÍNEZ, Augusto Durán. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. p. 119-220).

<sup>28</sup> “Noutras palavras, a legitimidade do Judiciário exige que se compatibilize democracia, pluralismo e cidadania no poder, o que não se encontra bem resolvido na jurisdição constitucional brasileira, dada a discutível legitimidade de origem na investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal. Mas não é apenas o déficit de legitimidade na origem que se verifica como obstáculo à legitimação da jurisdição constitucional no Brasil. Sua legitimidade de exercício também não está resolvida, dada a ausência de uma maior e concreta participação popular nos processos decisórios e a crescente atuação do STF em algumas esferas de competências próprias do Legislativo e do Executivo.” (MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário**: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente? Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 146).

<sup>29</sup> Com apoio da imprensa, os juízes se colocam como superiores e autolegitimam suas tarefas. “Há um misto de messianismo e moralismo na assunção de muitas tarefas pelos juízes, sobretudo a compreensão de que os equívocos das políticas públicas seriam decorrentes de perversões morais dos próprios administradores, e que as providências seriam mesmo melhor adequadas às decisões judiciais.” (SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça**: Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 28).



e seus membros não são isentos de falhas.<sup>30</sup> Marcelo Semer traça, a partir de exemplos concretos e fatos históricos, “a falta de democracia nos tribunais, a desigualdade que marca cada escaninho do poder, o rigorismo punitivo que fez dos juízes corresponsáveis pelo grande encarceramento, os excessos do corporativismo que esvaziavam o veio republicano.”<sup>31</sup> Nem mesmo a independência judicial pode servir como obstáculo ao controle de convencionalidade paralelo por outras funções estatais que não a jurisdicional. Defender, por exemplo, a independência do Judiciário como dogma ou ponto nevrálgico do constitucionalismo pode por vezes significar somente a defesa de um fracassado *status quo*.<sup>32</sup>

Do ponto de vista histórico a reserva de competência invalidadora de normas ao Judiciário brasileiro se explica pela influência estadunidense, não só, mas principalmente a partir da Proclamação da República. O Brasil foi influenciado pela interpretação norte-americana da separação de poderes, em que o *judicial review* prioriza a supremacia judicial no esquema de divisão de funções.<sup>33</sup> A doutrina moderna da separação de poderes ou funções, hoje hegemônica no ocidente, foi desenvolvida com primor pelo constitucionalismo europeu e norte-americano entre os séculos XVIII e XIX.<sup>34</sup>

Maurizio Fioravanti identifica em esquema de tipos ideais na Revolução Francesa o estabelecimento de uma forma de Estado que conta, até hoje, com divisão de funções. A partir de 1789 surge uma nova forma de Estado, o de Direito, em que a lei é produto soberano da vontade da nação e deve ser aplicada de modo mecânico e uniforme. O protagonismo passa a ser do Legislativo, que conta com o novo sujeito Administração Pública para representar o Estado e executar vontade dos cidadãos prevista na lei. Pela primeira vez há uma separação das funções executivas e judiciárias. O Estado de Direito é a forma política de Estado dominante na Europa durante todo o século XIX até a metade do século XX. São dotados de constituições do tipo liberal, acompanhadas de códigos civis, penais e de processo e de um Direito Administrativo extravagante para

---

<sup>30</sup> “Em última instância, trata-se de afirmar uma nova frente de batalha contra o papel assumido pelo Judiciário como *alter ego* da sociedade. Afinal de contas, acredita-se que a aura de incorruptibilidade conferida às cortes (em detrimento das demais esferas de poder) acaba por intensificar o processo de esvaziamento e de demonização da política e do político. Ao fim e ao cabo, a própria democracia é quem está sob ataque e precisa ser reabilitada.” (BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Miotto. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 11, a. 1, p. 223-256, jan./jun. 2015. p. 255-256).

<sup>31</sup> SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça**: Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 17.

<sup>32</sup> “A independência judicial *deve* ser minada quando ela reproduz as falhas das elites políticas em cumprir as promessas do constitucionalismo (...)” (TUSHNET, Mark. Varieties of populism. **German Law Journal**, v. 20, n. 129, p. 382–389, 2019. p. 385).

<sup>33</sup> MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário**: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente? Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 166.

<sup>34</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 16.



a Administração Pública em posição de autoridade e superioridade.<sup>35</sup> Na intrínseca relação entre capitalismo e Estado a preservação da ordem econômica esteve atrelada à preservação do Estado dentro do que se chamou de “razão do Estado”, em cujas sucessivas decretações de estado de exceção estavam fundamentadas. No tempo das revoluções burguesas, a união do liberalismo econômico com o constitucionalismo liberal visou limitar o – ameaçador – poder constituinte do povo.<sup>36</sup> O papel dos Federalistas norte-americanos, nessa interpretação, teria sido utilizar “retoricamente os argumentos democráticos e populares para justificarem seu sistema aristocrático.”<sup>37</sup> Preservaram, assim, a propriedade e a riqueza nas mãos dos mesmos sujeitos que as detinham antes de 1787, de forma que, o que “deu sentido à concepção americana de constituição não foi sua fundamentalidade ou sua suposta criação pelo povo, mas sua implementação pelos tribunais.”<sup>38</sup> Uma teoria de separação de poderes particular e diferente da concepção francesa<sup>39</sup> se explicava, portanto, no nascente constitucionalismo estadunidense.<sup>40</sup>

Nesse contexto histórico é que os primeiros intérpretes do controle de constitucionalidade (que muito serviu de inspiração ao controle de convencionalidade) reservavam dita atribuição ao Poder Judiciário. Laurentiis cita nesse sentido o caso *Marbury vs. Madison* (1803), e no Direito brasileiro, as lições de Ruy Barbosa e Alfredo Buzaid. O conjunto teórico daí extraído outorgou uma visão singular da harmonia entre os Poderes

<sup>35</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43. p. 24-27.

<sup>36</sup> “O constitucionalismo nasceu contra o poder constituinte, buscando limitá-lo. A separação dos poderes, por exemplo, foi pensada menos para impedir a usurpação do poder executivo do que para barrar as reivindicações das massas populares.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 44-45).

<sup>37</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 128.

<sup>38</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 128-134.

<sup>39</sup> No modelo de Estado de Direito liberal que seguiu à revolução francesa a divisão de funções era bastante peculiar do período. A soberania da lei era absoluta, a ponto de encerrar o poder constituinte do povo em assembleia nela mesma e inclusive a ponto de negar a própria possibilidade que uma lei produzida pelo legislativo negue a constituição. “Como sabemos, no tipo histórico liberal, dominante na época dos Estados nacionais de direito, não por acaso é desconhecido, e inclusive claramente rechaçado, o controle de constitucionalidade das leis do Estado.” Foi só a partir da segunda metade do século XX que o Estado Constitucional se assenta na Europa e a soberania da lei dá lugar à soberania da Constituição. (FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado Moderno en Europa: Instituciones y derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43. p. 28/36).

<sup>40</sup> “Nos Estados Unidos, conforme se aprofundará em outro texto, o controle [de constitucionalidade das leis] se revelou a solução institucional mais adequada ao momento político pós-revolucionário, no qual o Poder Legislativo dos Estados foi compreendido, segundo os próprios atores políticos da época, como fonte de ilegitimidade e de ameaça a garantias fundamentais, pondo em risco a própria independência recém-conquistada pelos Estados Unidos e sua organização federal.” (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de *Marbury*. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 129).



que, embora não unânime na doutrina<sup>41</sup>, excluiu o controle de constitucionalidade do Legislativo e do Executivo.<sup>42</sup> E que, pelas mesmas razões, exclui hoje o controle de convencionalidade nacional à função administrativa.

O controle de constitucionalidade invalidador não é inteiramente uma criação inovadora do precedente *Marbury vs. Madison*<sup>43</sup>, uma vez que já fora observado em outras paisagens jurídicas e tempos históricos.<sup>44</sup> Cléve rastreia precedentes norte-americanos anteriores a 1803 que já atestavam a supremacia da Constituição e declaravam, judicialmente, nulidade de leis contrárias à norma fundamental. Apesar disso, conclui que foi no caso *Marbury vs. Madison* que a técnica de “*judicial review* foi definitivamente incorporada ao direito constitucional americano”<sup>45</sup>, o que foi suficiente para apontá-lo como o caso paradigma de justificação de prerrogativas judiciais que remontam, supostamente, à época de redação da Constituição dos Estados Unidos da América.

<sup>41</sup> Juarez Freitas defende, com reserva e comedimento, que órgãos administrativos no exercício de sua função típica afastem leis inconstitucionais, pois a todos cabe a guarda da Constituição (art. 23, I da CF). O autor não exclui, todavia, o controle judicial daquelas manifestações da função administrativa. Cf. FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010.

<sup>42</sup> LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012. p. 136-137.

<sup>43</sup> Para uma síntese das razões históricas da doutrina do controle judicial de leis, e para as explicações de sua origem nos tempos da colônia inglesa na América, muito antes do caso *Marbury vs. Madison*, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial Review in comparative perspective*. **California Law Review**, n. 5, v. 58, p. 1017-1053, out. 1970. Para uma análise histórica do caso em si, cf. CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. *Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política*. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019.

<sup>44</sup> Marcelo Casseb Continentino revisa bibliografia crítica norte-americana e aponta vários casos judiciais estadunidenses que no século XVIII, antes de *Marbury vs. Madison*, já se utilizam da linguagem e metodologia próprias do *judicial review*, ponto de virada do constitucionalismo americano em relação ao princípio da soberania do parlamento da ex-colônia inglesa (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *História do judicial review: o mito de Marbury*. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016). No mesmo sentido crítico, Mac-Gregor, segundo quem o princípio da supremacia da Constituição e do controle judicial com base nela se origina na Inglaterra antes de *Marbury vs. Madison*, no caso de Thomas Bonham julgado pelo juiz Edward Coke em 1610. No caso, uma lei foi afastada por contrastar com os princípios do *Common Law*, acima das leis. O autor reconhece, entretanto, também na Constituição Americana de 1787 a inovação ao incorporar em texto escrito a primazia das normas constitucionais, mais tarde consagrada em *Marbury vs. Madison* em 1803 (MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*. **Urbe et Ius - Revista de Opinión Jurídica**, Buenos Aires, n. 11, p. 27-39, 2013. p. 27-29). Já o controle de constitucionalidade concentrado, segundo Hernández-Mendible, tem origem na Venezuela no século XIX, também antes do caso *Marbury vs. Madison*. Segundo o autor, a Constituição venezuelana de 1811 consagrou um controle implícito de constitucionalidade. A Constituição de 1858, um controle expresso de constitucionalidade de leis das províncias. A Constituição de 1864 um controle também expresso de constitucionalidade pelo Poder Judiciário de atos dos Poderes Legislativo e Executivo que violassem direitos e recusassem o federalismo. Embora seja na Europa e no século XX que tenha adquirido reputação e se desenvolvimento. (HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. *El control de convencionalidad como expresión de control de constitucionalidad: originalidade y desaciertos*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-138, set./dez. 2015. p. 139-149).

<sup>45</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 68.



A doutrina originalista da interpretação constitucional norte-americana fundamenta as competências invalidadoras reservadas Judiciário até os dias de hoje, as mesmas utilizadas para negar o controle de convencionalidade a outras funções, sob a premissa de que o Executivo está sempre a um passo de concentrar e abusar de seus poderes contra o povo que o legitima. Mas essa, é importante pontuar, é uma ideia que mesmo perante os estudiosos norte-americanos é contestada. Sustain e Vermeule refutam os argumentos da doutrina originalista norte-americana de uma interpretação histórica da separação de poderes na Constituição Norte-Americana em direção à proibição da delegação à Administração Pública de decisões sobre leis e direitos que caberiam apenas ao Poder Legislativo. Os autores descredibilizam o argumento histórico como ideológico. Alegam que o Direito Administrativo e a Constituição dos EUA passam ao largo daquele temor, e que “os membros da geração fundadora queriam um governo nacional forte, não fraco.”<sup>46</sup> Para Sustain e Vermeule, a partir de sua leitura dos escritos de James Madison no “Federalista n. 41”, os *founding fathers* estavam sobretudo preocupados com o risco do *Legislativo* protagonizar e concentrar poderes, e também com o risco do *Judiciário* tornar-se irresponsável diante daquela concentração. Segundo eles, a doutrina da não delegação é uma construção judicial desenvolvida entre o final do século XIX e ao longo do século XX, que não tinha respaldo com as intenções dos constituintes do século XVIII. Assim, a conclusão a que chegam é que, hoje especialmente, “a Constituição e o Estado Administrativo tentam canalizar e restringir, em vez de eliminar ou minimizar, a discricionariedade executiva.”<sup>47</sup> Pois para os objetivos constitucionais é inócua qualquer limitação exagerada do Executivo que inviabilize suas atribuições, especialmente quando acompanhada no plano prático do “aumento do arbítrio judicial, permitindo que os valores políticos dos juízes desempenhem um papel significativo”<sup>48</sup> na política e na sociedade.<sup>49</sup>

Portanto, mesmo na ordem jurídica estadunidense que serviu e serve de inspiração para a teoria da divisão de funções brasileira, a leitura mais condizente da separação dos Poderes com o propósito dos fundadores estaria de fato sedimentada na preocupação em limitar a Administração, pois sabiam que um Poder Executivo forte poderia

<sup>46</sup> SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**: resgatando o Estado Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 37-41.

<sup>47</sup> SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**: resgatando o Estado Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 42-43/154.

<sup>48</sup> SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**: resgatando o Estado Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 58.

<sup>49</sup> Para Sustain e Vermeule, “os Tribunais não devem entender o artigo I, seção 1, da Constituição para exigir que o Congresso legisle com especificidade, limitando drasticamente a discricionariedade dos administradores.” Ou seja, na leitura dos autores a doutrina da não delegação não é a melhor interpretação da Constituição dos EUA, e o Congresso pode delegar certas atribuições concretas à Administração Pública para que ela decida a melhor maneira de atingir o interesse público. (SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**: resgatando o Estado Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 155).



facilmente também abusar de suas prerrogativas. Mas também estaria sedimentada na *preocupação de empoderá-la para dar conta de suas missões*.<sup>50</sup>

Entretanto, ainda que o fundamento para a separação de Poderes do Estado na sua origem liberal fosse ressaltado, dando destaque para proteção das liberdades diante de um Executivo que, caso concentrasse suas funções, terminaria por privar o particular de seus direitos naturais,<sup>51</sup> esse mesmo fundamento, hoje, pode ser utilizado para relativizar essa noção clássica ou critério subjetivo de separação de poderes: para proteger os direitos humanos dos indivíduos, inclusive contra o Estado, pode o próprio Estado relativizar o esquema constitucional rígido de separação de funções para autorizar todas elas a afastar normas inconventionais menos protetivas do indivíduo.<sup>52</sup> No século XXI, a atuação da Administração Pública brasileira não pode mais se limitar a simplesmente executar cegamente a lei, porque cabe a ela “conduzir processos complexos de decisão e atuação, em situações em que lhe caberá, mais que dizer o Direito no caso concreto, dirigir procedimentos públicos de balanceamento de múltiplos e contrastantes interesses, todos juridicamente relevantes.”<sup>53</sup>

Sem renegar a utilidade do Direito comparado, mas bem compreendendo-o para não se filiar cegamente a realidades forâneas<sup>54</sup>, o relevante é sempre analisar o controle entre Poderes *em uma dada jurisdição*.<sup>55</sup> Assim, sob a óptica da Constituição de 1988 interpretada a partir da realidade nacional e internacional contemporânea, Bacellar Filho e Hachem são categóricos ao afirmar que “o critério para autorizar a interferência de um dos Poderes da República na esfera de atuação de outro reside na *proteção dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais fundamentais* (tais como a democracia e a dignidade da pessoa humana), que consagram o cerne

<sup>50</sup> SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**: resgatando o Estado Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2021. p. 41-42.

<sup>51</sup> “O fito da separação de poderes, antes de tudo, era criar condições institucionais de respeito das esferas individuais (...).” (ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 17).

<sup>52</sup> “A separação de poderes sofreu considerável mudança com o novo constitucionalismo pautado, entre outras características, pelo primado dos direitos fundamentais, de forma que permaneceu o sentido original da limitação ao poder, embora não como um fim em si mesmo ou como uma luz para o brilho da lei. Ao contrário, a dimensão instrumental do princípio deve prevalecer com esteio para a realização dos direitos fundamentais e dos objetivos de cada Estado. Isto exige que as concepções originais do princípio sejam confrontadas com o ordenamento de cada Estado, não mais prevalecendo como valor dogmático e receita universal.” (MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 57).

<sup>53</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da lei federal de processo administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. (Coord.). **Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da lei federal de processo administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 56.

<sup>54</sup> Cf. LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

<sup>55</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 622.



da ordem jurídico-constitucional brasileira.”<sup>56</sup> Sem deslegitimar ou negar o papel do Poder Judiciário no controle jurisdicional da Administração Pública, inclusive no controle de suas decisões sobre a inconveniência de normas, a norma de separação de poderes ou funções do art. 2º da CF de 1988 precisa ser lida a fim de reconhecer as competências invalidadoras e supletivas paralelas da função administrativa<sup>57</sup> em matéria de direitos humanos. Os Poderes são independentes, mas também são harmônicos entre si. Dita harmônica é garantida mediante a intervenção, equilibrada, de um Poder sobre o outro.<sup>58</sup>

O fato de ser mais comum que o Judiciário intervenha para conter os excessos do Legislativo e Executivo não anula a viabilidade de que esses últimos atuem para conter os excessos do Judiciário também – o que em matéria de direitos humanos significa antes cumprir o art. 2º da Constituição do que violá-lo. Nessa perspectiva de releitura, deve-se sobretudo abandonar como fundamento o apego a teorias rígidas sobre os mitos fundadores de outras paragens, que sub-repticiamente visam fortalecimento institucional injustificado de um poder de Estado sobre o outro<sup>59</sup> sem cuidar para a finalidade das instituições nacionais.

No desenvolvimento do *judicial review*, o modelo de controle normativo chamado por Juarez Freitas de “fixista”, que só enxerga no Judiciário primazia de controle legal

<sup>56</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. Ópera Prima de Derecho Administrativo - **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, México D.F., n. 10, p. 59-114, 2011. p. 108-109.

<sup>57</sup> “O sistema de separação de poderes no Brasil precisa, então, sofrer profundas alterações, distanciando-se de sua tradição de apego às instituições norte-americanas, para aproximar-se de outras experiências que mais prestigiam a soberania popular, como as Cortes Constitucionais europeias, o sistema de controle de constitucionalidade francês, ou ainda melhor: (re)criar a própria sistemática de separação de poderes e de poder constituinte, tendo em vista a sua peculiaridade de um Estado ainda situado na periferia do capitalismo.” A reinterpretação da teoria da separação de poderes não justifica, todavia, erradicar “a legitimidade e a titularidade do Judiciário na tarefa de concretização dos princípios e direitos fundamentais. Especialmente na realidade de países cujas instituições democráticas ainda são frágeis, como ocorre no Brasil, em que o desrespeito à Constituição e a omissão quanto à efetivação dos direitos sociais são frequentes, tanto por parte do Executivo como do Legislativo”. (MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?** Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 167/221-222).

<sup>58</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. Ópera Prima de Derecho Administrativo - **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, México D.F., n. 10, p. 59-114, 2011. p. 74.

<sup>59</sup> “(...) é preciso ter em mente que a sedimentação de mitos, como *Marbury*, serve política e retoricamente para legitimar certas narrativas históricas, na mesma medida em que se abre mão da análise crítica e da possibilidade de pensar novas oportunidades e respostas institucionais aos problemas enfrentados no presente. Assim como defender a mitologia de *Marbury* ajuda a fundamentar uma agenda política em que o Judiciário sai fortalecido, defender mitos fundacionais na história constitucional brasileira – e um deles inegavelmente é o que ronda Rui Barbosa e o controle judicial brasileiro – serve a uma pauta discursiva específica de fortalecimento do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo.” (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de *Marbury*. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 129).



(de constitucionalidade, conforme referência do autor), é ultrapassado.<sup>60</sup> Na defesa da Constituição não há protagonistas nem quem seja superior, pois o desiderato é comum a todas as funções de Estado.<sup>61</sup> Excepcional e cautelosamente, é dever do administrador público garantir os direitos fundamentais constitucionais de aplicabilidade imediata por recusa de aplicação de normas, inclusive leis, que entenda inconstitucionais.<sup>62</sup> O mesmo pode-se dizer em relação aos tratados de direitos humanos.

Nesse âmbito, a autenticidade da doutrina do controle de convencionalidade, estimulada pela Corte IDH a todas as autoridades públicas, de quaisquer funções estatais, merece ser analisada com seriedade e em sua máxima extensão. O juízo de sua conveniência não pode ser formulado apenas mediante comparação com outros sistemas alheios às preocupações históricas e jurídicas da Corte IDH para com os problemas sensíveis dos países do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Portanto, a teoria da separação de funções estatais é mutável, se ajusta às necessidades e rechaça as adversidades dos tempos, o que parece estar implícito na jurisprudência da Corte IDH. Desde o Caso Gelman vs. Uruguai a Corte IDH conclama a todas as autoridades administrativas, nos limites de sua competência, a realizarem controle de convencionalidade nacional.<sup>63</sup> O que inclui a interpretação convencionalmente adequada como um primeiro passo – a fim de preservar a presunção de convencionalidade das normas –, mas que permite a não aplicação/declaração de inconveniência

---

<sup>60</sup> FREITAS, Juez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 222.

<sup>61</sup> FREITAS, Juez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 232.

<sup>62</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 396.

<sup>63</sup> “239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también **debe primar un ‘control de convencionalidad’ (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial**. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.” (CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Sentencia de 24 fev. 2011. § 239. Grifos ausentes no original).



quando a interpretação não der conta de compatibilizar a norma interna com os tratados de direitos humanos.<sup>64</sup>

#### 4. A CORTE IDH TEM LEGITIMIDADE PARA INTERPRETAR A CADH E IDENTIFICAR COMPETÊNCIAS PARA A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Segundo a hermenêutica do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) são aceitáveis nessa matéria competências controladoras extensivas à Administração Pública. É dever de todo tribunal ou órgão administrativo (inclusive colegiado) deixar de aplicar normas inconventionais,<sup>65</sup> independentemente da previsão normativa expressa nos ordenamentos jurídicos integrantes do SIDH.

No entanto, um dos argumentos mais trabalhados contra o controle de convencionalidade pela Administração Pública é a falta de competência expressa no ordenamento jurídico. Para os críticos, somente se a Constituição ou as leis, ou o próprio tratado de direitos humanos, previssessem a técnica de modo inequívoco, permitindo-lhe à função administrativa, é que esta poderia utilizá-la.

Porém o argumento ignora a possibilidade de a competência invalidadora de normas ser produto de uma inovação jurisprudencial, ainda que racionalmente construída. A negação de que o controle de convencionalidade não pode ser admitido por falta de previsão normativa expressa não se sustenta.

Ele sequer é exigido para a técnica do controle de constitucionalidade difuso. Comparativamente, o controle de constitucionalidade como prerrogativa do Poder Judiciário na própria história norte-americana é reconhecidamente uma construção jurisprudencial sem respaldo em competência expressa em texto.<sup>66</sup> Não há na Constituição estadunidense uma reserva jurisdicional de controle de constitucionalidade de leis pelo Judiciário.<sup>67</sup> Mesmo os que atribuem um papel inovador ao caso *Marbury vs. Madison* reconhecem igualmente que não havia, como não há, previsão de competência

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 184/188.

<sup>65</sup> SALAZAR, Elard R. Bolaños. Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa? **Administración Pública & Control**, n. 27, p. 66-72, mar. 2016. p. 71.

<sup>66</sup> "Embora a Constituição americana não contemplasse expressamente o controle de constitucionalidade, de algum modo já 'o prenunciava': A competência dos juízes encontrava-se latente no Texto Constitucional. Bastava um trabalho jurisprudencial adequado para afirmá-la, o que o Judiciário americano soube, no momento apropriado, fazer." (CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 69).

<sup>67</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de *Marbury*. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 117.



expressa para o Judiciário invalidar normas soberanamente editadas por representantes eleitos do povo.<sup>68</sup>

Apesar disso, a falta da previsão sobre o *judicial review* na Constituição Americana não impediu a criação da doutrina e a consolidação ao longo do tempo da noção de que aos tribunais cabe invalidar normas inconstitucionais.<sup>69</sup> Por que então que para o controle de convencionalidade há de se exigir competência expressa no ordenamento jurídico, seja para o Judiciário, seja para qualquer outro órgão estatal realizá-lo?

Como destaca Continentino, o *judicial review* hoje consagrado até mesmo no Brasil foi justificado como criação jurisprudencial nos Estados Unidos a partir de um “contexto de profunda mudança ideológica, política e institucional, que deu ensejo à alteração da própria concepção do funcionamento estrutural do governo e do direito. Esse novo paradigma criou condições para a ressignificação do princípio da separação dos poderes, justificando do ponto de vista política e de uma teoria de legitimidade, o *judicial review*.”<sup>70</sup> Em analogia, é o que se passa estruturalmente no ordenamento jurídico brasileiro contemporaneamente, e que é justificado pela primazia que detêm os direitos humanos e o princípio *pro persona* que lhes acompanham em sua aplicação.<sup>71</sup>

O contexto político e jurídico clama pela elevação de normas mais protetivas ao ser humano e ao meio ambiente, ainda que o momento atual seja de inexistência dos detalhes do mecanismo de operacionalização da técnica que prioriza aqueles direitos, pois ainda em construção.<sup>72</sup> A criatividade da Corte IDH tem respaldo na lógica da ratificação dos tratados de direitos humanos pelos Estados e nas normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), que se não fosse o controle de

---

<sup>68</sup> “A verificação da constitucionalidade dos atos da legislatura e da administração é uma prerrogativa do Poder Judiciário. Esta ideia, criação original do direito norte-americano, não resultou da interpretação de uma regra jurídica, inserida na Constituição dos Estados Unidos. Foi uma magnífica construção da jurisprudência, cujo marco inicial tem sua origem na decisão do famoso caso *Marbury vs. Madison*, relatado pelo juiz Marshall. O fundamento desta doutrina assenta no direito, que o povo possui originariamente, de estabelecer para o seu futuro governo, princípios fundamentais, reunidos e compendiados numa Constituição escrita. Este é o pacto, que estrutura a organização do Estado, define os poderes políticos e confere as atribuições administrativas, legislativas e judiciárias.” (BUZALD, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 62, n. 2, p. 37-62, 1966. p. 56).

<sup>69</sup> DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 64.

<sup>70</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 118.

<sup>71</sup> RAMÍREZ, Hugo Saúl. Pro persona: fundamento y sentido de la primacía jurídica de la humanidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 387-405, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.75450.

<sup>72</sup> “(...) a desconstrução do mito de Marbury faz crer que o judicial review não constitui premissa necessária a ser imposta a toda comunidade política que se regulamente por uma Constituição. Tal prática surge como resposta concreta, embora nem sempre muito bem articulada ou planejada, a questões contextuais políticas e institucionais, as quais tendem a mostrar que o judicial review configura mais propriamente uma estrutura institucional contingente, ainda que de longa duração. (CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016. p. 129).



convencionalidade poderiam ser descumpridas ao bel prazer dos signatários. Os tratados de direitos humanos, como afirmado pela Corte IDH, não são declarações belas e solenes apenas. Como se verá abaixo, eles contêm “obrigações de resultado.” Segundo a Corte IDH, o “comportamento estatal deve orientar-se em busca do *resultado* buscado pela aplicação da normativa internacional de proteção de direitos humanos.”<sup>73</sup>

Respeitada a soberania estatal para regular *os contornos* da técnica no âmbito de cada ordenamento jurídico, há o compartilhamento de uma mesma realidade continental e proximidades históricas que admitem a expansão de uma doutrina comum a todos os países do SIDH. As nações latino-americanas sujeitas à competência da Corte IDH contam com semelhanças que justificam a utilização de uma doutrina evolutiva da CADH adaptada às realidade similares: um histórico similar no que diz respeito aos regimes ditatoriais, um Poder Executivo forte de sistema presidencialista, constituições analíticas, aumento da independência do Judiciário, ampliação da participação popular nas democracias, disposição para a integração econômica e política regional, e, finalmente, abertura constitucional ao DIDH.<sup>74</sup>

## 5. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA ATENDE AO DESEJADO EFEITO ÚTIL DOS TRATADOS

Não se pode olvidar a juridicidade do renovado princípio da efetividade do DIDH, que obriga ao Estado “proporcionar a mais ampla, realista e efetiva proteção ao indivíduo”.<sup>75</sup> Já não é bastante acreditar na boa vontade soberana dos Estados na arena internacional para efetivação dos direitos humanos,<sup>76</sup> motivo também pelo qual a corrente extensiva do controle de convencionalidade nacional por todos os órgãos de Estado busca uma interpretação diferente do chamado efeito útil dos tratados, direcionada ao incremento e efetividade dos direitos humanos.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> CORTE IDH. Caso Trabajadores Demitidos del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru. Sentença de 30 nov. 2007. § 18.

<sup>74</sup> DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. El diálogo jurisdiccional sobre derechos humanos y el surgimiento de la red internacional de cortes constitucionales. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Arcaro (Org.). **Diálogo entre Cortes**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2016. p. 272-313. p. 305-306.

<sup>75</sup> LIMA, Luis Carlos Santos. **O controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 25.

<sup>76</sup> “Na área dos direitos humanos, o regime dos tratados é notoriamente fraco, e os governos nacionais, por razões econômicas ou de *realpolitik*, frequentemente hesitam declarar abertamente que outro governo se engajou em abusos. Em uma área como essa (...), as melhores estratégias de adesão podem não ser as estratégias de gestão de regime ‘horizontais’ [entre Estados], mas, ao invés disso, estratégias verticais de interação, interpretação e internalização.” (KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? **The Yale Law Journal**, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2655-2656).

<sup>77</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. p. 30.



A doutrina do controle de convencionalidade altera conscientemente o sentido daquilo que historicamente se denominou *effect utile*, para que um tratado de direitos humanos possa ser compreendido inteiramente como um documento apto a provocar verdadeiros efeitos no plano da realidade<sup>78</sup>, apesar da renitência estatal ou de argumentos baseados nas limitações e divisões internas de competências. Inclusive, a abertura do Direito Administrativo às regulações normativas internacionais é uma realidade inserida no fenômeno maior da “crise do princípio da territorialidade e da nacionalidade.”<sup>79</sup>

Assim, a doutrina do controle de convencionalidade obriga a reorganização das funções e competências de todas as autoridades estatais a fim de viabilizar o cumprimento dos direitos e garantias previstos em tratados de direitos humanos. Como registra Carbonell, “O controle de convencionalidade é consequência direta do dever do Estado de tomar todas as medidas que sejam necessárias para que os tratados internacionais se apliquem cabalmente.”<sup>80</sup>

É o dever de garantia de aplicação das disposições convencionais, previsto especialmente no art. 2 da CADH, que direciona todo órgão estatal à efetivação dos direitos humanos. Pois quando um Estado firma um tratado, o assina para cumpri-lo, por meio de todas as autoridades públicas, de todos os níveis.<sup>81</sup> O fundamento é a submissão de todo o Estado ao tratado firmado, e não só a submissão de um dos Poderes, como o Judiciário.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> “Tal ‘efeito útil’, de longa linhagem no Direito Internacional, estava até poucas décadas entendido como uma espécie de gentil convite para os Estados nacionais, no sentido de adaptar, do modo e no momento que quisessem, suas normas aos tratados de direitos humanos que subscreveram. Mais que uma regra de direito positivo coativa para eles, parecia um tipo de ato de cortesia que, se se descumpria, poucas consequências provocava, salvo alguns poucos suspiros acadêmicos. Ademais, se o tratado afetava a Constituição, o princípio de supremacia constitucional, entendido de forma absoluta, blindava qualquer possível intento de ‘utilidade’ desse ‘efeito útil’ do tratado.” (SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014, p. 30).

<sup>79</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 24.

<sup>80</sup> CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 69.

<sup>81</sup> CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego (Coords.) **El constitucionalismo contemporáneo**: homenaje a Jorge Carpizo. Universidad Nacional Autónoma de México: México-DF, 2013. p. 69-70.

<sup>82</sup> GUERRA, Eduardo J. Mitre. La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.) **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018. p. 454.



## 6. A PRESUNÇÃO DE CONVENCIONALIDADE DAS NORMAS É RELATIVA

A presunção de convencionalidade das leis e outros atos normativos apontada como fundamento por correntes restritivas das competências para o controle de convencionalidade está por demais afeta à teoria do controle de constitucionalidade. Ela ignora, assim, que a presunção é apenas relativa, e não pode ser usada como argumento para proibir a recusa de normas e práticas inválidas pelo Estado-administração.

Como argumenta Daniel Wunder Hachem para afastar o argumento da presunção de constitucionalidade de leis para proibir o afastamento delas pelo Poder Executivo, “se trata de uma presunção *juris tantum* (relativa) e não *juris et de jure* (absoluta) [que] pode ser infirmada a partir da demonstração, acompanhada de fundamentada argumentação jurídica, de que a norma legal infringe o texto constitucional.”<sup>83</sup> A presunção serve apenas para balizar os ônus argumentativos dos responsáveis pela declaração de inconvenção, e não para justificar o cumprimento de uma lei que o agente administrativo sabe ser inconvenção. Nesse ponto, toma-se de empréstimo o argumento de Mello para o exercício do controle de constitucionalidade: “Portanto, pode-se afirmar que a presunção de constitucionalidade não impõe a observância irrestrita às leis, mas determina cautelas que o Executivo deverá adotar quando deixar de aplicar leis em observância à Constituição.”<sup>84</sup> Exemplo disso seria, além da necessária motivação exaustiva do órgão declarante da inconvenção, a realização prévia de consultas aos órgãos de assessoramento jurídico administrativo antes de declarar inconvenção qualquer.<sup>85</sup>

## 7. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA CONTRIBUI PARA A PREVENÇÃO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

Permitir o controle de convencionalidade à função administrativa atinge um duplo objetivo: proteger os direitos humanos do cidadão e evitar a responsabilidade internacional do Estado.<sup>86</sup> Este último é igualmente favorecido quando se admite que a própria função administrativa controle a convencionalidade de normas e práticas, sem

<sup>83</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária.** Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014. p. 350.

<sup>84</sup> MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 16.

<sup>85</sup> MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 16.

<sup>86</sup> SALAZAR, Elard R. Bolaños. Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa? **Administración Pública & Control**, n. 27, p. 66-72, mar. 2016. p. 72.



mediação judicial necessária, porque do ponto de vista do DIDH o Estado atua de modo unitário. O ato de um agente estatal de qualquer das unidades estatais, seja qual a forma de Estado adotada, corresponde a um ato do Estado, sujeito a responsabilização internacional.<sup>87</sup>

Exige-se cumprimento das normas convencionais assumidas pelos Estados independentemente “da distribuição interna de atribuições e funções, que depende da vontade particular dos Estados e não altera os deveres e as consequências internacionais.”<sup>88</sup> Por isso mesmo o controle de convencionalidade nacional deve ser amplo, aplicado de ofício por qualquer autoridade estatal sem obrigar a judicialização.<sup>89</sup>

Defender a corrente extensiva de competências para o controle de convencionalidade tem o benefício de expandir as instâncias responsáveis pelo cumprimento direto do bloco de convencionalidade, o que evita o processamento do Estado em cortes internacionais.

## 8. A FALTA DE REGULAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NÃO PODE IMPEDIR O EXERCÍCIO DE UMA TÉCNICA QUE SATISFAZ DIREITOS HUMANOS

Não se pode admitir interpretações que viabilizem o Estado signatário da CADH a proibir, ainda que sob hipótese, o controle de convencionalidade por emenda constitucional ou lei. Tal conduta seria contrária à interpretação *pro persona* e, por si, violadora dos arts. 1 e 2 da CADH<sup>90</sup>, bem como dos demais dispositivos normativos que sustentam a técnica de controle de convencionalidade.

---

<sup>87</sup> Para exemplos da responsabilização internacional de Estados por parte da Corte IDH, ver: PAÚL, Álvaro. En búsqueda de patrones que expliquen los montos que otorga la Corte Interamericana de Derechos Humanos por daños morales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 3, e235, set./dez. 2023.

<sup>88</sup> RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 571-572.

<sup>89</sup> “Seria absurdo aguardar que o interessado invoque seus direitos – à vida, à integridade, à liberdade – para que os agentes de Estado resolvam examinar a sua existência, a obrigação de respeitá-los e a necessidade de garantir o seu exercício.” (RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 573).

<sup>90</sup> (CADH) “Art. 1. Obrigação de Respeitar os Direitos. 1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

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



Reservar um espaço tamanho de soberania aos Estados a ponto de lhes permitir anular a hierarquia privilegiada dos direitos humanos da CADH não é compatível com o DIDH. Se o legislador ou o poder constituinte derivado entendessem por bem proibir o controle de convencionalidade o resultado se mostraria fatalmente inconveniente.<sup>91</sup> A norma proibitiva do controle de convencionalidade seria ela mesma inconveniente, por oposição à CADH como interpretada pela Corte IDH.<sup>92</sup>

Em vista disso, a melhor interpretação para a expressão “no marco de suas competências e conforme as regulações processuais de cada país” constante em julgados da Corte IDH<sup>93</sup>, desde a perspectiva da interpretação *pro persona*, é da corrente classificada por Díaz acima como extensiva. Ou seja, a corrente que defende que a jurisprudência da Corte IDH usa a expressão para fazer referência “de acordo com sua competência por matéria, grau e território que tenham no âmbito interno, sem que isso tenha qualquer condicionante com a competência que possam ter em matéria de controle de constitucionalidade, que é outra coisa.”<sup>94</sup>

Nas palavras de Marcos del Rosario Rodríguez: “A única limitação em seu exercício [do controle de convencionalidade], (...) é que se efetue no âmbito de competência respectivo.”<sup>95</sup> Conclusão essa que não tem a ver com o manejo pleno da técnica, mas que quer afirmar que pode uma autoridade administrativa deixar de aplicar uma norma inconveniente, desde que esteja atuando no âmbito de sua competência.

Não pode, por exemplo, um servidor do Ministério da Agricultura declarar inconveniente uma norma no curso de um processo que tramita no Ministério da Economia. Mas pode declarar inconveniente uma norma que autoriza a utilização de agrotóxicos nocivos ao meio ambiente sadio e aos seres humanos em processo administrativo sob sua responsabilidade decisória. Se alguma autoridade que exerce função administrativa possui alguma competência decisória, o que em razão do princípio da juridicidade e legalidade administrativa implica sempre em interpretar e aplicar normas, ela tem o dever-poder de controlar a convencionalidade.

---

<sup>91</sup> Sobre supremacia constitucional e hierarquia dos tratados de direitos humanos: RODRÍGUEZ FERREIRA, Octavio. Supremacia constitucional, jerarquía normativa y derechos humanos en México: evolución jurisprudencial histórica y narrativas actuales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 679-705, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.76714.

<sup>92</sup> SAGUES, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 123.

<sup>93</sup> CORTE IDH. Caso Massacre de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador. Sentença de 25 out. 2012. § 318; CORTE IDH. Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana. Sentença de 28 ago. 2014. § 471.

<sup>94</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 132.

<sup>95</sup> RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 176.



Essa interpretação admitiria, ainda como exemplo, que um servidor do instituto de seguridade social, como é o INSS no Brasil, afastasse uma norma nacional que proibisse o pensionamento para cônjuge ou companheiro homossexual, por inconveniência. A interpretação que se faz dos julgados da Corte IDH, nesse caso, é que o instituto de seguridade social é *competente* segundo a matéria e *competente* territorialmente (presume-se que o pedido de pensão foi realizado no domicílio do casal, por exemplo) para, de acordo com as regras processuais aplicáveis, analisar o pleito de pensão. Isso bastaria para o instituto reconhecer inconveniente a norma violadora de um direito humano convencional como reconhecido, *v.g.*, no Caso Duque vs. Colômbia (2016)<sup>96</sup> e na Opinião Consultiva n. 24/2017<sup>97</sup>, tornando irrelevante a participação do Judiciário para efetivar o direito à pensão em igualdade com casais heterossexuais protegidos por lei.<sup>98</sup> É no SIDH, aliás, que se verificam muitos dos avanços dos direitos na proteção da população LGBTI+.<sup>99</sup>

A defesa de uma competência geral para realizar controle de convencionalidade é compatível com as demais vantagens da generalização da técnica e dá autonomia científica e operacional ao controle de convencionalidade. Afasta-se daquelas posições que defendem tipos, graus e efeitos diversos de controle de convencionalidade segundo a regulação jurídica que um sistema faz do controle de constitucionalidade,<sup>100</sup> respeitando, todavia, os países que optaram por expressamente equiparar a disciplina jurídica de ambas as técnicas.<sup>101</sup>

Em países como o Brasil, em que não houve até o momento tal opção via emenda ou lei, o mais adequado é *dissociar o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade*. Assim, no caso brasileiro, ainda que se entenda que os órgãos de Estado que desempenham função administrativa não sejam competentes para o controle de constitucionalidade, são competentes para o controle de convencionalidade.

<sup>96</sup> A Corte IDH entendeu discriminatória a negativa de pensionamento da vítima por morte de seu cônjuge homossexual. Cf. CORTE IDH. Caso Duque vs. Colômbia. Sentença de 26 fev. 2016.

<sup>97</sup> Cf. LEAL, Mônia Clarissa Henning; LIMA, Sabrina Santos. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: análise da Opinião Consultiva 24/2017. **Revista lus et Veritas**, Lima, n. 61, p. 194-205, dez./2020.

<sup>98</sup> Esse bom exemplo é colhido de autor contrário a tal interpretação extensiva: DIÁZ, Alvaro Paul. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. **Revista de Derecho**, n. 246, p. 49-82, jul./dez. 2019. p. 62.

<sup>99</sup> Cf. PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina; TAQUES, João Daniel Vilas Boas. Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção da população LGBTI+. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 67, n. 2, p. 153-186, maio/ago. 2022.

<sup>100</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 135-136.

<sup>101</sup> Há exemplos de países que disciplinaram de modo diferente, e equiparam ambos os controles expressamente. No Panamá, por exemplo, Brewer-Carías recorda que por força de precedentes judiciais os juizes ao se deparar com uma possível inconveniência devem suscitar à Suprema Corte de Justiça a declarar de inconveniência via consulta. (BREWER-CARÍAS, Allan R. Derecho Administrativo y el control de convencionalidad. **Revista de la Facultad de Derecho de México**, Ciudad de México, n. 268, p. 108-144, maio/ago. 2017. p. 134).



Não é necessário norma expressa que autorize o controle de convencionalidade nacional por autoridades administrativas, pois é obrigação que se extrai do dever de todo agente público promover, respeitar e garantir os direitos humanos, que gozam de supremacia jurídica.<sup>102</sup> O dever de adotar disposições para concretizar os direitos humanos não se limita a nenhuma função estatal, antes engloba todas.<sup>103</sup> Para Ramírez, o controle de convencionalidade nacional é um “processo lógico de confrontação entre normas nacionais e internacionais” que “não corre somente a cargo das autoridades jurisdicionais -, senão que pode ser cumprido igualmente por qualquer pessoa, e certamente por quaisquer autoridades chamadas a promover, respeitar, proteger e garantir, no espaço de suas atribuições, os direitos humanos.”<sup>104</sup>

Nessa linha, a presunção de legitimidade dos atos administrativos reforça a competência controladora da função administrativa. Se se presumem legítimos, a Administração Pública não poderia praticá-los se desconfia da inconvenção da norma que embasa seus próprios atos, seja ela com força de lei ou não. A noção é distinta em relação aos particulares, frente os quais incide aquela presunção de legitimidade do ato administrativo e para os quais desconfiança de que há inconstitucionalidade/inconvenção exige buscar o Judiciário para resguardar seus interesses.<sup>105</sup>

Portanto, a falta de um detalhamento exaustivo sobre o modo de operacionalização do controle de convencionalidade, que sequer existe no Brasil para o próprio controle de constitucionalidade difuso, não é argumento suficiente para rechaçá-lo.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 154/184.

<sup>103</sup> “Os Estados-parte do sistema interamericano assumiram que seu ordenamento jurídico interno não se adequa às obrigações gerais, devem adotar as medidas necessárias para concretizar dita adequação, o que implica modificar a Constituição, adotar preceitos legais, resoluções administrativas, desenvolver práticas políticas e administrativas, como também usar as atribuições jurisdicionais dos tribunais em seus respectivos âmbitos de competência para concretizar os parâmetros convencionais mínimos.” (ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 381).

<sup>104</sup> RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidade. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 559.

<sup>105</sup> CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional: correntes doutrinárias. Controvérsia. **Revista Jurídica da Procuradoria Jurídica do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011. p. 12.

<sup>106</sup> “Como tipo construção pretoriana, não tem a estruturação sistemática que poderia se esperar de um produto legislativo como o de um código de processo constitucional, se vale o exemplo.” “Mas o desafio existe e deve ser atendido.” (SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. p. 31).



Nesse sentido, a cultura jurídica tradicional não pode servir de empecilho à adoção da técnica que favorece, sobretudo, uma cultura de direitos humanos.<sup>107</sup>

Uma vez que as vantagens da técnica para efetivação dos direitos humanos pela Administração Pública superam as desvantagens, a falta de detalhamento de sua operacionalização deve servir de impulso à regulação da técnica para harmonizá-la com a pretensão geral dos ordenamentos de segurança jurídica, mas não de óbice ao seu exercício.<sup>108</sup>

Nem a Corte IDH em sua jurisprudência nem a doutrina do controle de convencionalidade contemplam uma forma unívoca de realizá-lo na modalidade nacional.<sup>109</sup> Ao contrário do que alegam as correntes críticas,<sup>110</sup> a Corte IDH não determinou uma maneira única e unívoca de realização do controle de convencionalidade, conduta que sequer é própria de um Tribunal Internacional.

O que ela fez foi enunciar a existência da técnica e encaminhar uma obrigação genérica de adequação dos ordenamentos nacionais aos tratados de direitos humanos, cujo detalhamento e regulação cabe a cada Estado. A obrigação de controlar a convencionalidade existe e deriva do princípio da juridicidade, mas a fórmula é aberta para que os Estados integrantes do SIDH melhor adequem a técnica às suas realidades e sistemas jurídicos. Nesse esquema estruturante do controle de convencionalidade o papel da Corte é apenas o de identificar o grau de eficácia do sistema de controle de

---

<sup>107</sup> PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade: direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 141.

<sup>108</sup> Na Colômbia, por exemplo, onde o controle de convencionalidade assim como no Brasil não está regulado em lei ou normativa de outra natureza, o Conselho de Estado já se manifestou sobre a obrigação de toda autoridade pública, inclusive administrativas, realizarem o controle de convencionalidade de normas contrárias a tratados internacionais. Os casos apontados por Ustariz e Nino são: Radicación n. 73001-23-31-000-2008-00561-01, de 05 set. 2017 e Radicación n. 11001-03-15-000-2017-01769-01 de 27 nov. 2017. (Cf. USTARIZ, Marthe Robles. NINO, Diana Geraldine Quevedo. El ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades del Estado. Instrumento para la efectiva protección y garantía de los derechos de acceso en materia ambiental. In: PACHÓN, María del Pilar García (Coord.). **Información, participación y justicia Ambiental**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. p. 664). Sobre o controle de convencionalidade na Colômbia, cf. GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. Constitucionalidad y convencionalidad en Colombia: el diálogo entre las cortes. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 31-50, jan./mar. 2021; e MENDOZA, Hugo Andrés Arenas. El caso de Gustavo Petro vs. Colombia: un estudio de convencionalidad y constitucionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 90, p. 35-61, out./dez. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i90.1726.

<sup>109</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad y la Administración Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 653-657.

<sup>110</sup> Para uma visão crítica da ideia de controle de convencionalidade: LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.71780.



convencionalidade escolhido por cada Estado-parte da Convenção.<sup>111</sup> Quer dizer, o que se exige como consectário da CADH é que os Estados possuam sistemas estruturados de controle de convencionalidade nacionais, e não que sigam um modelo pronto – que não existe – elaborado pela jurisprudência da Corte.

A *ratio* dos julgados da Corte IDH apenas sugere o controle de convencionalidade, no marco das competências de cada juiz e de cada autoridade estatal, sem vetar o uso da técnica por ninguém. Antes disso, estimula-o.

Embora sem regulação, o fundamento normativo para o exercício amplo da técnica está, mais uma vez, na própria CADH. Respeitar e garantir os direitos humanos é um dever previsto no art. 1 da CADH, e há, a partir desse dever e do previsto igualmente na CVDT (arts. 26, 31.1, e 27), e do previsto no art. 5º, § 1º da Constituição um dever de aplicação direta de normas convencionais pelos órgãos estatais, sem que seja necessário intermediação legal.<sup>112</sup>

## 9. SEGURANÇA JURÍDICA: O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NÃO AFASTA A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL

No exercício da função administrativa os agentes públicos estão obrigados ao princípio da juridicidade. Aplicam a lei de ofício, e por isso têm o dever de cotejá-la com os direitos previstos em tratados internacionais a ela superiores. O que evita o arbítrio no exercício dessa competência e diminui a insegurança jurídica ínsita a uma técnica não regulada é o reconhecimento de que o exercício desse controle de convencionalidade na função administrativa está sujeito ao controle jurisdicional, dado que aos juízes também é permitido o controle de convencionalidade.<sup>113</sup>

Em sistemas como o brasileiro, em que a despeito da previsão do art. 5º, XXXV da Constituição<sup>114</sup> que outorga legitimidade ao Judiciário para decidir controvérsias que envolvem a Administração Pública<sup>115</sup>, há também um lugar privilegiado para a função

<sup>111</sup> LÁZARO, María Carmelina Londoño. El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, a. 43, n. 128, p. 761-814, maio/ago. 2010. p. 810.

<sup>112</sup> ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales**. México: Fundap, 2012. p. 336.

<sup>113</sup> Brewer-Carías menciona o controle de convencionalidade por juízes integrantes do contencioso administrativo, sem previsão no Brasil. Cf. BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo. In: MENDIBLE, Víctor Hernández; MORENO, José Luis Villegas (Coord.). **Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia: liber amicorum al professor José Araujo Juárez**. Caracas: CIDEP/CERECO, 2018. p. 259-318.

<sup>114</sup> (Constituição Federal) “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>115</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 67.



administrativa decidir, e decidir *primeiro*.<sup>116</sup> Admitir controle de convencionalidade pela função administrativa, portanto, não exclui, a normatividade do art. 5º, XXXV da Constituição que entrega ao Poder Judiciário competência controladora. Ainda que não necessariamente em sentido cronológico, cabe em sede nacional em casos concretos ao Judiciário a última palavra em sede de controle de constitucionalidade<sup>117</sup> e de convencionalidade, quando provocado. Tanto mais isso é verdade na medida em que o sistema interamericano funciona segundo o critério de subsidiariedade, em que a recusa do Judiciário nacional em controlar os excessos positivos e negativos dos demais Poderes significaria coadunar com o processamento do país em Cortes Internacionais.<sup>118</sup>

É verdade o apontado pela crítica no sentido de que os tribunais judiciais são vocacionados, notadamente pela seleção de seus membros, à garantia de direitos, especialmente os direitos humanos ou fundamentais.<sup>119</sup> Portanto, decisões administrativas relacionadas a direitos humanos e fundamentais estão sujeitas a um controle judicial forte ou não deferente.<sup>120</sup>

Da perspectiva da harmonia entre os Poderes, defender o controle de convencionalidade pela função administrativa não significa a anulação do controle jurisdicional. Como afirma Dulitzky, é chegada a hora de reconhecer a composição multifacetada do Estado, integrado por vários órgãos, o que relativiza a posição fictícia de ente uno e indivisível, ou com competências estanques. Os Estados *multifacetados*<sup>121</sup> com ordens jurídicas *descontinuadas*<sup>122</sup> que compartilham simultaneamente um sem-fim de

<sup>116</sup> Ainda no século passado já sustentava Harold H. Koh que a internalização efetiva de normas de direitos humanos depende, sob pena de falhar, da atuação comprometida de todos os poderes de Estado. Executivo, Legislativo e Judiciário acabam por atuar interpretando e ressignificando as normas de direitos humanos incorporadas, o que se dá inclusive via mecanismos institucionais próprios para internalização. O autor não falava, obviamente, de controle de convencionalidade. Mas é possível compreender a técnica como um mecanismo inovador e eficiente de internalização de normas internacionais que conta com a participação sistêmica de todos os órgãos de Estado. (Cf. KOH, Harold Hongju. How is international Human Rights Law Enforced? *Indiana Law Journal*, v. 74, n. 4, p. 1397-1417, 1999. p. 1413).

<sup>117</sup> FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 219.

<sup>118</sup> APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 187-191.

<sup>119</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 58-61.

<sup>120</sup> “Os tribunais tendem a examinar sem limites a *correção* da decisão adotada pela administração – anulando-a (e, em alguns casos, substituindo-a) quando ela não seja coincidente com a decisão que *eles próprios* teriam adotado.” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 58).

<sup>121</sup> DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 92.

<sup>122</sup> Legale explica que o fenômeno da internacionalização do Direito se evidencia na internacionalização das fontes e das técnicas de interpretação e aplicação de normas. Mas também pode ser analisado a partir da multiplicação dos organismos competentes para dizer o Direito. Nessa internacionalização político-institucional um mesmo tema pode contar com vários órgãos competentes para resolver determinada controvérsia. Sob



instâncias interpretativas e decisórias<sup>123</sup> devem ser o lugar primordial de aplicação das normas do SIDH. A unidade da Administração Pública do Estado liberal já não subsiste. Conforme explica Eurico Bitencourt Neto, o que se observa desde o paradigma de Estado Social marcado pela postura ativa do Poder Público para concretização dos direitos humanos e fundamentais é uma Administração com mais de um centro de atuação, descentralizada,<sup>124</sup> o que conseqüentemente indica a existência de vários órgãos com competência decisória. Na atualidade a Administração Pública é multipolar<sup>125</sup>, no sentido de que sua atuação atinge um número indeterminado de pessoas e exige atuação coordenada e sequencial de mais de um órgão ou entidade pública.<sup>126</sup>

O importante nesse cenário jurídico de múltiplas instâncias decisórias, aparentemente confuso, e que já é uma realidade em sistemas federais que admitem o controle de constitucionalidade difuso, é a compreensão de que a formatação do SIDH impede a exclusividade interpretativa da CADH por um único ator.<sup>127</sup> Assumi-lo é reconhecer e valorizar a relevância da função administrativa, uma entre tantas instâncias compromissadas – e comumente a primeira delas no contato com os cidadãos – com a

---

diferentes enfoques, mas com repercussão prática no campo das prescrições dirigidas a algum sujeito, uma mesma questão pode ser analisada por organismos internacionais do comércio, por comissões internacionais de direitos humanos, por cortes internacionais e cortes internacionais de direitos humanos, por tribunais de revisão como o do Mercosul, por tribunais arbitrais, por conselhos, por órgãos legislativos e administrativos, e por tribunais e cortes nacionais. Essa multiplicidade de agentes e de competências e decisões sobrepostas aumenta a complexidade do sistema, o que remete à “necessidade de compreender o Direito para além da visão tradicional, a começar pela descontinuidade da ordem jurídica.” (LEGALE, Siddharta. Internacionalização do Direito: reflexões críticas sobre seus fundamentos teóricos. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 109-142, ago. 2013. p. 130-134).

<sup>123</sup> Vive-se há décadas a defesa insistente na doutrina de que cada vez mais intensamente estão na arena política e jurídica uma multiplicidade de atores públicos e privados envolvidos com o objetivo comum de debater, interpretar e internalizar a obediência dos direitos humanos pelos Estados. A internalização dessas normas e seu cumprimento não é setorializada ou limitada a certos órgãos estatais, mas acontece simultânea e complexamente nos âmbitos social, político, e também legal, por ação de sujeitos integrantes do Poder Executivo, por interpretação do Judiciário, e por atuação do Poder Legislativo, “ou alguma combinação dos três.” (KOH, Harold Hongju. Why do nations obey International Law? **The Yale Law Journal**, v. 106, n. 8, p. 2599-2659, 1997. p. 2656-2657).

<sup>124</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017. p. 292.

<sup>125</sup> Cf. BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017. p. 127 e ss.

<sup>126</sup> BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 214.

<sup>127</sup> “No âmbito interamericano não há nenhum tribunal que tenha a palavra final, obrigatória, que unifique a jurisprudência sobre a Convenção Americana. A Corte Interamericana não é, apesar de sua intenção, um tribunal constitucional nem um tribunal supremo interamericano. Por isso, não tem poderes unificadores de jurisprudência. (...) Ainda quando a Corte possa em algum caso resolver uma questão, isso não significará que todos os tribunais latino-americanos devam revogar suas sentenças contraditórias ou parcialmente concordantes de maneira retroativa. Assim que é possível que milhares de casos resolvidos contraditoriamente à jurisprudência da Corte permaneçam assim.” (DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *at al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 553).



aplicação das normas convencionais, e por isso com a declaração de inconvenção das normas inconvenção. <sup>128</sup> Diante da hierarquia privilegiada do bloco de convencionalidade, sempre sob a hegemonia do princípio *pro persona*, “qualquer lei, regulamento administrativo (disposição de alcance geral), decreto, instrução, circular ou ato administrativo de alcance particular deve ser confrontado com o parâmetro de convencionalidade, por parte de todo órgão administrativo em quaisquer de seus níveis, que tenha competência para editá-lo e/ou aplicá-lo.” <sup>129</sup> Como se demonstrará adiante, pode, assim, um órgão de hierarquia inferior afastar a aplicação de um regulamento editado por uma autoridade hierarquicamente superior, desde que demonstre motivadamente a inconvenção. Pode inclusive agir na falta de lei para dar cumprimento a um direito humano.

O controle de convencionalidade, enquanto não há norma regulatória de sua prática no Brasil, tampouco fica limitado ao chefe do Poder Executivo, como por muito tempo limitou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em julgados sobre o controle de constitucionalidade pela função administrativa e como defende parcela da doutrina. <sup>130</sup> Qualquer órgão estatal na aplicação de ofício das normas e no exercício de suas competências tem o dever de controlar a convencionalidade.

É certo que alguns defendem dita competência controladora sob o fundamento de que certos órgãos, como os Tribunais de Contas, “concentram relevantes poderes estatais”, <sup>131</sup> uma vez que “exercem, além da função de fiscalização, a prerrogativa de promover a indução do desenvolvimento da Administração Pública e da própria

---

<sup>128</sup> O argumento é tomado de empréstimo de Juárez Freitas quando, sem excluir o controle judicial, defende o controle de constitucionalidade pela função administrativa em contexto de harmonia entre Poderes: “Sublinhe-se que tal posicionamento hermenêutico supera conflitos entre a sociedade e o Poder Público, promove a deferência e valoriza as Carreiras de Estado, sem fomentar hostilidades que minam o sutil tecido do Estado brasileiro.” (FREITAS, Juárez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010. p. 235).

<sup>129</sup> ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015. p. 41.

<sup>130</sup> Mello reconhece que o juízo de inconstitucionalidade dentro da Administração pode gerar temor de insegurança jurídica, o que pode ser contornado com a limitação desse poder-dever a certos órgãos do Poder Executivo, como por exemplo o Chefe do Poder Executivo de cada ente. A autora ainda defende a necessidade de, após recusa da aplicação da lei inconstitucional, deflagre o controle de constitucionalidade ou provoque quem tenha legitimidade. (Cf. MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 20-21). Para posicionamento semelhante, cf. CYRINO, André Rodrigues. Controle de constitucionalidade. Descumprimento de lei reputada inconstitucional pelo Poder Executivo. Atribuição do Governador do Estado. Enunciado nº 3-PGE. Revisão. Precedente: Parecer nº 01/94-RFSOS; Parecer nº 12/95-RB. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 67, p. 311-380, 2013. p. 322.

<sup>131</sup> CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, Brasília, v. 7, p. 109-122, 2019. p. 115.



sociedade”.<sup>132</sup> Para autores dessa linha interpretativa, os tribunais de contas poderiam realizar controle de convencionalidade interno porque “têm o desafio de promover o aperfeiçoamento da democracia brasileira”.<sup>133</sup> Com argumentos semelhantes, outros aduzem um suposto papel privilegiado do Ministério Público, dos delegados de polícia<sup>134</sup> e da Defensoria Pública.<sup>135</sup>

Porém, assim como não é aconselhável equiparar o controle de constitucionalidade com o de convencionalidade para justificá-lo a certos órgãos constitucionais<sup>136</sup>, não parece, todavia, serem aqueles motivos adequados para defesa da competência a todos os órgãos com função administrativa, nem para limitar o controle de convencionalidade a alguns deles, como aos Tribunais de Contas, Ministério Público ou Defensoria Pública.

Afinal, qual órgão de Estado, qual agente, por menor que seja sua hierarquia, que não concentra relevantes poderes estatais, não promove sempre o desenvolvimento da

<sup>132</sup> DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019. p. 29.

<sup>133</sup> DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019. p. 30.

<sup>134</sup> Segundo Cambi, Porto e Heemann, caberia à autoridade policial fazer controle de convencionalidade no exercício de suas atribuições, *deixando temporariamente de aplicar norma que repute inconveniente*. A inaplicação seria temporária porque, com fulcro no art. 3º do Código de Processo Penal, caberia ao delegado remeter o procedimento, mais uma vez, *ao Judiciário*, para que, após manifestação do Ministério Público, a função jurisdicional decida pela compatibilidade ou não da norma vergastada com tratados de direitos humanos. (CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, Brasília, v. 7, p. 109-122, 2019. p. 116).

<sup>135</sup> Em relação à Defensoria Pública, conquanto não incluída no rol do art. 103 da Constituição sobre os legitimados para a relevante missão de deflagrar o controle concentrado de *constitucionalidade*, Mazzuoli e Rocha entendem, com fundamento na teoria dos poderes implícitos, que no processo objetivo de controle concentrado de *convencionalidade* a Defensoria Pública teria legitimidade para propor ações de controle abstrato. A legitimidade e a pertinência temática estariam justificadas diante da inclusão pela EC n. 80/214, entre as missões da instituição, a promoção dos direitos humanos. Além disso, segundo os autores, pode atuar como *amicus curiae* ou *custus vulnerabilis* perante o STF em casos cujos objetos envolvam suas missões institucionais, apresentando manifestação. Reconhecem, todavia, que o ideal seria a previsão expressa na Constituição da Defensoria como legitimada ativa para o controle de constitucionalidade e convencionalidade. Já no controle de convencionalidade nacional manejado difusamente a Defensoria atuaria legitimamente como representante ou substituto processual dos hipossuficientes, bem como instituição estatal que atuaria em nome próprio na defesa do interesse público primário ou secundário. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública e instituições essenciais à justiça no controle de convencionalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 22, n. 43, p. 17-27, jan./jun. 2020. p. 24-26).

<sup>136</sup> A principal justificativa dos autores para o controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas seria “por simetria [com o controle de constitucionalidade] e por ausência de impedimento constitucional ou legal [...]”. Os autores defensores do controle de convencionalidade por Corte de Contas Negam a possibilidade de controle abstrato, por ausência de norma expressa, e a respeito dos efeitos do controle de convencionalidade difuso, apenas indicam que são *inter partes*. (DANTAS, Bruno; GONÇALVES, André Luiz de Matos; SANTOS, Júlio Edstron S. A possibilidade de aplicação do controle de convencionalidade pelos Tribunais de Contas brasileiros. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 19, n. 223, p. 27-41, set. 2019. p. 37-38).

Administração e da sociedade, e não deve sempre trabalhar para o aperfeiçoamento da democracia brasileira? Essas são diretrizes de atuação de todo aparato estatal, e no âmbito de suas competências a todo agente público cumpre fazer valer prioritariamente os direitos humanos.

A valorização dos direitos humanos na prática estatal acontece na medida em que há expansão do número de agentes responsáveis pelo controle de convencionalidade, o que segundo Dulitzky beneficentemente gera “múltiplos pontos de interpretação convencional”.<sup>137</sup> A análise deste autor só considera juízes como responsáveis pelo controle de convencionalidade, mas o que importante é o cerne do argumento. Nesse ponto, se compreende que a multiplicidade de sujeitos realizando o controle retira da Corte IDH a exclusividade de manifestação sobre vários temas relacionados aos direitos humanos, que muitas vezes sequer passarão sob o crivo da Corte ou lá chegarão muito tarde, seja por questões temporais, seja por questões processuais. Pois a maior parte dos casos de declaração de inconveniência ou de aplicação de direitos humanos pode fazer coisa julgada administrativa ou coisa julgada jurisdicional sem nunca ser remetido às instâncias internacionais. Vários casos sequer chegarão ao Judiciário nacional. Não se pode ignorar que esses casos podem, não raramente, desafiar os entendimentos da Corte IDH, como o contrário também. Não depender ou creditar todas as esperanças sempre e a qualquer custo na Corte IDH, aliás, é o que permite a evolução da jurisprudência e a adaptação das normas convencionais ao tempo de sua aplicação efetiva.<sup>138</sup>

A interpretação *pro persona* leva a compreender o controle de convencionalidade nacional na máxima extensão protetiva dos direitos humanos, e nesse sentido não há razão para uma interpretação excludente de destinatários da técnica. Ao menos enquanto não há norma nacional regulamentadora, deve ser dado a mais larga interpretação à *ratio decidendi* dos julgados da Corte IDH no sentido de autorizar qualquer autoridade pública no âmbito de suas competências a realizar o controle de convencionalidade. Por mais que não haja jurisprudência consistente e segura, a Corte IDH ao propor o controle de convencionalidade por servidores públicos considera-os todos, não importa a hierarquia.

Sergio García Ramírez inclui no rol “desde membros da força pública, até docentes e funcionários da saúde, desde empregados do serviço postal até operários de órgãos da Administração Pública central a descentralizada, e assim sucessivamente.”<sup>139</sup> Entretanto,

---

<sup>137</sup> DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *at al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 552.

<sup>138</sup> DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *at al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 552-554.

<sup>139</sup> RAMÍREZ, Sergio García. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento constitucional**, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016. p. 179.



to, invoca as palavras do juiz e presidente da Corte IDH, Diego García-Sayán, durante o discurso do 48º período extraordinários de sessões – entre 7 e 11 de outubro de 2013 -, para lembrar que a extensão do controle às diversas autoridades públicas que não só do Judiciário implica em cautela e respeito às competências internas de cada órgão. *Non se trata de un vale-tudo*. Cabe, de acordo com Ramírez, a cada Estado disciplinar como seus órgãos internos vão realizar o controle de convencionalidade e quais os efeitos que a legislação deve lhe emprestar. O autor mesmo sequer admite declaração de invalidade indiscriminada de normas.<sup>140</sup>

Assim é que o temor de insegurança jurídica, um dos mais fortes argumentos contrários ao controle de convencionalidade pela função administrativa, não pode ser um empecilho à extensão plena da técnica a outras autoridades que não as judiciais. A ordem jurídica carece de implementação por todas elas, cabendo também às autoridades administrativas harmonizar normas a princípio contraditórias e dar efetividade às disposições de tratados. Negar o controle de convencionalidade às autoridades administrativas é concordar que o Estado pode, via seus órgãos da Administração Pública, violar tratados.<sup>141</sup> Todavia, isso é inaceitável.

Evidentemente, o que melhor compatibiliza o dever de controlar a convencionalidade por toda autoridade estatal com a segurança jurídica é a regulação por lei da técnica, sem prejuízo de sua incorporação por emenda constitucional a fim de definir qual(is) ente(s) federativo(s) têm competência para legislar sobre o assunto. Na linha do que sustenta Ramírez, deve haver regulação do controle de convencionalidade no plano interno que regule conforme cada realidade, cultura e história nacionais, o procedimento, as competências e as consequências do controle de convencionalidade. Sob pena de, ao invés de ser fator de harmonização em torno de um núcleo comum de direitos humanos, servir o controle de convencionalidade à dispersão. Ao invés de rumar a um *ius commune*, paralisar-se como “controle descontrolado”,<sup>142</sup> Porém, enquanto não há lei nem emenda constitucional, o controle de convencionalidade pela função administrativa deve ser realizado no âmbito de competência de cada agente público, nos

<sup>140</sup> RAMÍREZ, Sergio García. Sobre el control de convencionalidad. **Pensamiento constitucional**, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016. p. 179-180/182.

<sup>141</sup> “O fato de que uma norma deixe de ser aplicada por uma autoridade distinta do judicial, no caso uma autoridade de natureza administrativa, não significa *per se* uma falta de deferência aos princípios de presunção de constitucionalidade da lei, certeza e segurança jurídica, já que o que se busca, ante a impossibilidade de compatibilizar a ordem constitucional e convencional por via de interpretação, conforme o âmbito de competência respectivo, é salvaguardar a regularidade do sistema através da inaplicação daquela disposição que obstaculiza dita regularidade constitucional e vigência dos direitos humanos.” (RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 159/180).

<sup>142</sup> RAMÍREZ, Sergio García. La “navegación americana” de los derechos humanos: Hacia un *ius commune*. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 8, n. 28, p. 15–51, 2014. p. 42-43.



limites de suas atribuições e de acordo com os instrumentos processuais e procedimentos a seu dispor na atualidade.

Defende-se que a pretensão insegurança jurídica que a recusa de aplicação de norma inconvenção gera não pode servir de argumento contrário à técnica. Como lembra Mello para as situações de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Executivo, não há proteção de expectativas em relação à preservação de norma inconstitucional,<sup>143</sup> como também não há em relação às normas inconvençãoais. Em segundo lugar, certo grau de insegurança jurídica “é ínsito às ordens jurídicas que consagram o controle de constitucionalidade das leis e, sobretudo, que adotam o dogma da *nulidade*.”<sup>144</sup> Se passa o mesmo para o controle de convencionalidade.

A adesão à corrente extensiva que defende a postura ativa da função administrativa para aplicar diretamente tratados internacionais e exercer o controle de convencionalidade nacional, com alteração do esquema rígido de divisão de funções de Estado tem como contrapartida à crítica de insegurança jurídica a preservação do controle judicial, mantido em suas funções em caso de falha administrativa.<sup>145</sup> Pelo menos no caso do Brasil, em razão do já citado art. 5º, XXXV da Constituição, o controle judicial é amplo e isso tem apoio na própria CADH.<sup>146</sup>

As dúvidas que a norma constitucional de controle judicial amplo gera sobre quem, afinal, teria a última palavra sobre alguma controvérsia que envolve tratados de direitos humanos não devem ser tomados como impasses. A forma mais adequada de lidar com o tema está na postulação de um modelo integrativo de interpretação e aplicação de tratados, análogo ao que defendido para atuação paralela de cortes nacionais e internacionais por Dulitzky. O modelo do autor para aplicação da jurisprudência da Corte IDH em âmbito nacional é pautado no princípio da integração,<sup>147</sup> baseado no compartilhamento de competências entre a Corte IDH, Comissão Interamericana de Direitos

<sup>143</sup> MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. *Revista Direito Público*, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 19-20.

<sup>144</sup> MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. *Revista Direito Público*, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 19.

<sup>145</sup> COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del control. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019. p. 281.

<sup>146</sup> Cf. GUSSOLI, Felipe Klein. Controle judicial amplo da função administrativa e seus limites sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 46, p. 183-205, 2019.

<sup>147</sup> DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 54.



Humanos (Comissão IDH) e juízes nacionais.<sup>148</sup> Sem que nenhum deles tenha a palavra derradeira e imutável a respeito da interpretação da Convenção.<sup>149</sup>

Apesar da força persuasiva das decisões da Corte IDH (e da Comissão IDH), Dulitzky defende uma maior autonomia aos juízes nacionais na aplicação dos direitos humanos convencionais. Sustenta que assim há mais chances de uma recepção verdadeira dos tratados de direitos humanos, já que a simples integração dos tratados no ordenamento não é suficiente para fazer valer suas disposições nos casos cotidianos. Ao invés de impor, convencer os juízes seria o melhor caminho para incorporar na prática dos direitos humanos convencionais. O modelo de integração busca um diálogo verdadeiro entre tribunais, com a consideração de que os juízes também são responsáveis pela aplicação das normas internas. Para Dulitzky, o ideal é que a jurisprudência da Corte IDH seja o paradigma de aplicação dos direitos humanos nos países signatários da Convenção, mas deve haver margem para que os juízes exerçam seu juízo crítico à jurisprudência, podendo inclusive rechaçá-la quando presentes certos pressupostos que o autorizem. Porém, segundo o autor, esses pressupostos e critérios estão penderes de desenvolvimento.<sup>150</sup>

Defende-se, no curso dessa iniciativa, um modelo análogo para utilização da jurisprudência internacional e exercício de controle de convencionalidade pela função administrativa, cujos desfechos poderão contrastar com decisões judiciais de controle ao longo de um processo integrativo de interpretação e reflexão sobre o sentido dos tratados internacionais em casos concretos. Trata-se de uma interpretação conjunta e sistemática do art. 7º do ADCT, 4º, II, art. 5º, §§ 1º ao 3º e com o art. 5º, XXXV da Constituição que obriga a aplicabilidade imediata e primazia dos direitos humanos interpretados pela Corte IDH e pelos agentes públicos nacionais, com atenção à norma mais favorável ou menos restritiva diante de conflitos.

Em caso de insatisfação por algum envolvido, poderá buscar o controle judicial da decisão administrativa, em um modelo argumentativo integrativo e que se retroalimenta dos argumentos e fundamentos elencados nas múltiplas instâncias decisórias

<sup>148</sup> Sobre a relação entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, ver: HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flávia. Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 371-388, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.86138.

<sup>149</sup> “Fundamentalmente, é preciso compreender que a intervenção judiciária não é ‘natural’, como poderia parecer a partir de uma análise estritamente jurídica (ou *dogmáticamente jurídica*) do tema. A solução da *multiplicidade de problemas sociais* envolvidos no tema do controle judicial da administração pública pode dar ensejo a uma *multiplicidade de formas* de estruturação das instituições públicas para enfrentá-los.” (JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma Administração complexa**: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros; SBDP, 2016. p. 166).

<sup>150</sup> DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. **Texas International Law Journal**, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015. p. 79-87.



nacionais e internacional em direção a patamares idealmente mais protetivos dos direitos convencionais.

A alternativa a esse modelo integrativo proposto seria estruturar um sistema de reenvio<sup>151</sup> ou de consultas da Administração ao Judiciário em matéria de convencionalidade<sup>152</sup>, suspendendo o processo administrativo sempre que uma questão de inconvencionalidade fosse suscitada.<sup>153</sup> Esse sistema alternativo daria a última palavra ao Judiciário,<sup>154</sup> e evitaria a restauração sucessiva da discussão.<sup>155</sup> Para os que assim defendem, se não houver mecanismo de remessa previsto no sistema jurídico, as soluções possíveis estariam em realizar uma reforma constitucional ou legislativa, o que compatibilizaria o sistema interno com a doutrina do controle de convencionalidade. Enquanto a reforma não acontecesse, Sagüés defende, com base no art. 2 da CADH, que se deveria “reconhecer a todos os juízes aptidão para instrumentar o controle de convencionalidade (solução de ‘controle difuso’).” Alternativamente o autor sugere que se desenvolva pela via jurisprudencial algum mecanismo de remessa do processo ao órgão competente para realizar o controle de constitucionalidade, por analogia responsável também pelo controle de convencionalidade.<sup>156</sup>

---

<sup>151</sup> “Si la incompatibilidad normativa no puede resolverse a través de la interpretación conforme, el órgano o autoridad que carece de competencia para el control de constitucionalidad debe remitir la cuestión al órgano competente para el ejercicio de este tipo de control.” (HACHEM, Daniel Wunder. La convencionalización del Derecho Administrativo en Latinoamérica. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 9, n. 2, p. 209-251, jul./dic. 2022. p. 238-239).

<sup>152</sup> Palacios defende que seja criada uma “exceção de convencionalidade”, em que instância competente e superior possa revisar o juízo de convencionalidade ditado por juízes e tribunais (PALACIOS, David Lovatón. Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción. **Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017. p. 1398).

<sup>153</sup> No controle jurisdicional de convencionalidade Ramírez sugere um sistema de consultas de convencionalidade a órgãos competentes – preferencialmente Tribunais de cúpula -, a exemplo do que já acontece em sistemas de controle de constitucionalidade. Tal sistema garantiria uniformização jurisprudencial sobre o significado dos direitos humanos nos sistemas jurídicos e contribuiria para o alcance do desejado *ius commune* convencional. (RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). **Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integración jurídica: emergencia de un nuevo derecho público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 582-583).

<sup>154</sup> Sobre a superação do monopólio do Poder Judiciário quanto à interpretação da Constituição, ver: CARVALHAES, Rafael Bitencourt; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Questioning our faith in the judiciary: from institutional entrenchment to the monopoly of constitution. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 347-370, maio/ago. 2022; HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 209-236, jan./abr. 2021.

<sup>155</sup> No Peru, por exemplo, a Lei Orgânica do Poder Judiciário estabelece para o controle difuso de constitucionalidade um mecanismo de consultas de juízes à Sala Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça, que decidirá pela inconstitucionalidade com efeitos *inter partes*. (SALAZAR, Elard R. Bolaños. Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa? **Administración Pública & Control**, n. 27, p. 66-72, mar. 2016. p. 67).

<sup>156</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. **Estudios constitucionales**, a. 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 122.



O sistema de reenvio trata-se de uma alternativa que privilegia a estabilidade decisória em detrimento de um processo construtivo dos significados das normas. Mas peca, por isso, por desconsiderar a capacidade da função administrativa e seus agentes de solucionar eficientemente os problemas, e apenas causa a ilusão de que uma decisão judicial, por ser terminativa, seria a melhor e mais correta decisão para garantia dos direitos humanos. Portanto, discorda-se da proposta de um sistema de consultas suspensivo de processos administrativos.

O problema de tal solução é priorizar a inconvenção da qual se desconfia. Até que o órgão competente para invalidar a norma seja provocado (geralmente um órgão judicial) e até que a controvérsia seja solucionada, o processo administrativo permaneceria suspenso ou aguardando um desfecho, invertendo o ônus da demora processual em desfavor do cidadão. Alternativa assim não é adequada, pois quando se trata de controle de convencionalidade sempre há um direito humano titularizado por alguém em discussão *direta* sobre uma norma convencional. Além disso, como registra Mello ao criticar solução análoga para o controle de constitucionalidade pela Administração Pública, suspender o processo administrativo é a rigor suspender a aplicação da lei que se desconfia inconstitucional enquanto se provoca o Judiciário, o que é prejudicial porque “diferir a aplicação, seja da lei seja da Constituição, significa descumprir-la.”<sup>157</sup> Se “suspender” corresponde a “não aplicar”, tem-se resultado semelhante à recusa da aplicação por inconstitucionalidade, assim como seria em uma discussão sobre convencionalidade.

Embora os controles de constitucionalidade e convencionalidade sejam distintos, é possível a utilização de argumentos lógicos utilizados para permitir o controle de constitucionalidade pela função administrativa na defesa da competência análoga para o controle de convencionalidade. Nesse aspecto, igualmente como argumento para o exercício integral do controle de convencionalidade pelo Poder Público, Rodríguez invoca os fundamentos de voto vencido em acórdão da Suprema Corte de Justiça da Nação mexicana, datado do ano de 1941, proferido pelo então ministro Gabino Fraga.<sup>158</sup>

Embora o caso trate de controle de *constitucionalidade* de dispositivo sobre contrabando de lei aduaneira, e embora tenha sido vencido em favor da reserva jurisdicional da declaração de inconstitucionalidade, o que importa são os argumentos trazidos pelo voto vencido: **(a)** todas as autoridades públicas têm o dever de ajustar atos à Constituição; **(b)** todas as autoridades públicas, e não só os juízes, têm o dever pessoal de negar aplicação de leis inconstitucionais que violam direitos fundamentais; **(c)** o

<sup>157</sup> MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. *Revista Direito Público*, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011. p. 14.

<sup>158</sup> RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidade y convencionalidad. *Cuestiones Constitucionales*, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 173.



Poder Executivo não se restringe a vetar uma lei por inconstitucionalidade, mas pode também deixar de aplicá-la por inconstitucionalidade; **(d)** a conservação da supremacia constitucional serve à preservação da integridade do sistema jurídico, motivo pelo qual compete a todas autoridades o controle de constitucionalidade.<sup>159</sup> O ponto focal do voto, cujas lições se aproveitam contemporaneamente na defesa do controle de convencionalidade pela função administrativa, está na sustentação de que “o Executivo não é somente um agente maquinal ou um instrumento que é cego perante a vontade do Legislativo, e, pelo contrário, de seu caráter de órgão de poder, e pela sua própria natureza de execução, se derivam as faculdades próprias de apreciação, discernimento e vontade, que fazem que o ato de execução seja inerente ao Poder Executivo, com características não formais, mas materiais, que o fazem distinto do Poder Legislativo.”<sup>160</sup> Com razão o autor, que não limita a competência de preservação dos tratados de direitos humanos a um único Poder de Estado, mas a expande para estender ao máximo o número de sujeitos responsáveis pela efetividade dos princípios do Estado Convencional de Direito.

## 10. CONCLUSÃO

O controle de convencionalidade nacional deve ser exercido no marco das competências de cada autoridade e nos limites do que cada ordenamento jurídico prevê. Assim decidiu a Corte IDH, em uma série de julgados da década de 2010, cuja leitura sistemática permite dizer que a jurisprudência da Corte IDH declarou a obrigação de todo órgão de Estado realizar o controle de convencionalidade *na esfera de suas competências e conforme as regulações processuais de cada país*.<sup>161</sup> É verdade que a Corte IDH não desenvolveu mais do que essa expressão, o que não significa que não tenha formado a partir do Caso Gelman vs. Uruguai um conjunto de decisões vinculantes com força de jurisprudência, que é fonte de Direito.

A expressão merece interpretação segundo os métodos de DIDH, especialmente o emprego do princípio *pro persona*. Nesse sentido, defende-se que a interpretação da corrente extensiva é a que melhor se adequa àqueles métodos, porque mais benéfica à proteção dos direitos humanos.

<sup>159</sup> RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 173-175.

<sup>160</sup> RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015. p. 174.

<sup>161</sup> CORTE IDH. Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia. Sentença de 30 nov. 2012. § 142, nota 193; CORTE IDH. Caso Mendonza e outros vs. Argentina. Sentença de 13 maio 2013. § 221; CORTE IDH. Caso de pessoas dominicanas e haitianas expulsas vs. República Dominicana. Sentença de 28 ago. 2014. § 471; CORTE IDH. Caso López Lone e outros vs. Honduras. Sentença de 5 out. 2015. § 307; CORTE IDH. Caso Comunidade Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras. Sentença de 8 out. 2015. § 346.



As posições contrárias à corrente extensiva daquela competência controladora de convencionalidade e que se agarram na teoria de separação dos poderes estrita são nesse aspecto conservadoras e, ainda que inadvertidamente, espelham simetricamente o paradigma do controle de constitucionalidade, cujos pressupostos teóricos são apenas em parte aproveitáveis no controle de convencionalidade. Diferentemente da tradição inaugurada pelo *judicial review*, o controle de convencionalidade não comunga das restrições da competência invalidadora ao Poder Judiciário. Por outro lado, diferentemente do controle de constitucionalidade, nada no ordenamento jurídico brasileiro direciona a declaração de inconvenção exclusivamente ao Judiciário.

Ao lado disso, uma interpretação *pro persona*, voltada à máxima eficácia das normas de direitos humanos, orienta a expansão do controle de convencionalidade nacional e da declaração de inconvenção de normas e práticas quando for o caso – com seus respectivos efeitos de invalidação e/ou não aplicação – a todos os órgãos ou Poderes de Estado. Sem que a norma inconvenção seja mantida e aplicada até uma demorada e custosa atuação do Poder Judiciário. Não à toa a Corte IDH direcionou sua própria jurisprudência a mudanças no que toca a autoridade estatal destinatária do dever de controle: dos juízes à toda autoridade estatal, de qualquer Poder.<sup>162</sup>

Defende-se, portanto, uma competência ampla de controle à função administrativa, que não se limite à interpretação das normas aplicáveis segundo os tratados de direitos humanos. No ordenamento jurídico brasileiro, limitar a atuação da função administrativa à mera interpretação convencionalmente adequada é nivelar por baixo as competências estatais a ela reconhecidas. Interpretar uma norma conforme um direito humano é o mínimo que todo agente integrante de todo Poder de Estado deve fazer, e é uma modalidade importante de controle de convencionalidade na medida em que a interpretação *seleciona* leituras válidas e inválidas de uma determinada norma jurídica. Controlar a convencionalidade de uma norma invalidando-a para preservar e garantir um direito humano, é o máximo. E o máximo é o que se espera de todos os Poderes de Estado em favor dos direitos humanos.

Assim, posições intermediárias, que visam conciliar o princípio da legalidade com uma modalidade tímida de controle de convencionalidade nacional pela função

<sup>162</sup> As decisões da Corte IDH não estão isentas de críticas, e frequentemente o tribunal é admoestado pela postura por demais incisiva na soberania dos Estados. Segundo Contesse, do ponto de vista internacional a própria Corte IDH obteria resultados melhores de adesão à sua jurisprudência se buscasse internalizá-la nos Estados via atuação dos poderes internos. “Um entendimento que projete uma corte regional com poderes significativos, mas limitados, fará mais para realçar a legitimidade da Corte Interamericana.” (CONTESSÉ, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018. p. 1183). Dulitzky, embora entusiasta do controle de convencionalidade, ao defender maior liberdade aos juízes nacionais insta-os, nas suas palavras, a não preservar “fé messiânica” na jurisprudência da Corte (DULITZKY, Ariel E. El impacto del control de convencionalidad. ¿Un Cambio de Paradigma en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos? In: RIVERA, Julio César *et al* (Coords.). **Tratado de los Derechos Constitucionales**. AbeledoPerrot: Buenos Aires, 2014. p. 553-554).



administrativa – não invalidadora - quando não há competência expressa no ordenamento jurídico, devem ser vistas com ressalvas.<sup>163</sup> O argumento, como visto, interdita o controle de convencionalidade na falta de lei, mas o admite quando há competência invalidadora no sistema jurídico para controle de constitucionalidade. Novamente toma-se como paradigma o controle de constitucionalidade para definir as competências processuais dos atores estatais. Mas essa interpretação em prol do princípio da legalidade é contraproducente e negatória do princípio *pro persona*, pois interdita autoridades públicas de invalidar ou não aplicar normas sabidamente inconventionais por razões formais incoerentes, como também interdita implicitamente a atuação com fundamento direto no bloco de convencionalidade. Mitigar os problemas da ausência de competência invalidadora afirmando que cabe aos juízes (e outras autoridades) apenas “observar e aplicar os tratados internacionais em matéria de direitos humanos” não é suficiente. Pois haverá situações em que aplicar o tratado significará não aplicar ou invalidar uma norma nacional, o que consiste, ainda que camufladamente, em controle de convencionalidade na medida em que se nega a aplicação de norma contrária à CADH.

Em conclusão, e a favor da corrente extensiva de controle de convencionalidade, sustenta-se o seguinte: **(i)** o exercício do controle de convencionalidade por qualquer função estatal, qualquer órgão estatal, qualquer agente público estatal, é dever derivado da CADH (arts. 1 e 2), conforme jurisprudência da Corte IDH; **(ii)** a jurisprudência da Corte IDH não define com precisão todos os contornos da técnica a ser praticada por todas as funções, inclusive a administrativa, porque não poderia fazê-lo, sob pena de invadir em demasia e exageradamente esfera soberana dos Estados para regular os procedimentos de manifestação de competências de seus diversos órgãos; **(iii)** o controle de convencionalidade pela função administrativa não pode ser arbitrário, o que impulsionaria as críticas de insegurança jurídica que acompanhariam sua autorização expansiva. Ele demanda, idealmente, regulação constitucional e legal. Porém, enquanto a regulação inexistente, cada autoridade pública tem o dever de realizá-lo, com cautela e nos limites de suas competências funcionais e decisórias, independentemente de previsão normativa expressa; **(iv)** a corrente extensiva de interpretação dos destinatários do controle de convencionalidade é que melhor privilegia a aplicação e efetividade da CADH e de outros direitos humanos previstos em tratados, condizente portanto com o princípio *pro persona*, e que alarga a todas as esferas concretas de atuação estatal a primazia dos direitos humanos – sem limitá-la ao Judiciário, quando geralmente o

<sup>163</sup> Ramírez e Sánchez defendem que juízes e tribunais que porventura careçam da competência para exercer o controle de convencionalidade devem, apesar disso, “observar e aplicar os tratados internacionais em matéria de direitos humanos.” RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales – Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, Mexico-DF, n. 29, p. 163-218, jul./dez., 2013. p. 213.



dano ou a ameaça de lesão já foi produzida; **(v)** a separação dos poderes como teoria e como norma não é empecilho para o controle de convencionalidade pela função administrativa. A teoria não é imutável, como não é a interpretação da norma, de forma que a relativização de uma visão histórica rígida da separação de poderes é mais adequada para os propósitos de efetivação dos direitos humanos, que constituem obrigações de resultado aos Estados. Nesse ponto, apesar da reinterpretação da teoria da separação de poderes para a realidade brasileira, não há uma exclusão do Poder Judiciário para apreciação de causas em que houve controle de convencionalidade nacional pela função administrativa.

Uma vez provocado, é legítimo que o Judiciário processe e julgue causas para o fim de definir se houve (ou não) bom exercício do controle de convencionalidade pela função administrativa, desde que respeite nesse aspecto a jurisprudência da Corte IDH (ou faça a respectiva distinção) e desde que atue a fim de dar cumprimento às condenações definitivas contra o Brasil. Não depender, mas sempre contar com a atuação jurisdicional é a maior força da tese do controle de convencionalidade pela função administrativa, que sem intermediários pode, diretamente pela via de seus atos e processos administrativos, concretizar os direitos humanos sob o signo do princípio *pro persona*.

## 11. REFERÊNCIAS

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

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

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

APPIO, Eduardo. Os juízes e o controle de convencionalidade no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**. Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público**, v. 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011.



BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. Ópera Prima de Derecho Administrativo - **Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo**, México D.F., n. 10, p. 59-114, 2011.

BANDIERI, Luis Maria. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas. **Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez**. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Octubre, 2013.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Miotto. Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 11, a. 1, p. 223-256, jan./jun. 2015.

BELLOCCHIO, Lucía. Conventionality control in Argentine case law. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 1, p. 61-74, jan./abr. 2021. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v12i1.28614.

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

BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica**: Direito Administrativo e organização no século XXI. São Paulo: Almedina, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da lei federal de processo administrativo. In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. (Coord.). **Processo administrativo brasileiro: estudos em homenagem aos 20 anos da lei federal de processo administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

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

BREWER-CARÍAS, Allan R. Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo. In: MENDIBLE, Víctor Hernández; MORENO, José Luis Villegas (Coord.). **Hacia un Derecho Administrativo para retornar a la democracia: liber amicorum al professor José Araujo Juárez**. Caracas: CIDEP/CERECO, 2018.

BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 62, n. 2, p. 37-62, 1966.

CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade; HEEMANN, Thimotie Aragon. Controle de convencionalidade pelo Ministério Público. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional**, Brasília, v. 7, p. 109-122, 2019.



CAMPOS, Miguel Ramos. Poder Executivo. Negativa de aplicação de lei supostamente inconstitucional: correntes doutrinárias. Controvérsia. **Revista Jurídica da Procuradoria Jurídica do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 11-32, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in comparative perspective. **California Law Review**, n. 5, v. 58, p. 1017-1053, out. 1970.

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

CARVALHAES, Rafael Bitencourt; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Questioning our faith in the judiciary: from institutional entrenchment to the monopoly of constitution. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 347-370, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.86725.

CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 199-224, abr./jun. 2019.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

COLANTUONO, Pablo Angel Gutiérrez. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias administraciones públicas? Nuevas dimensiones del control. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org.) **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019.

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

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História do judicial review: o mito de Marbury. **Revista de informação legislativa - RIL**, Brasília, v. 53, n. 209, p. 115-132, jan./mar. 2016.

CORTE IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra e seus membros vs. Honduras. Sentença de 8 out. 2015.

CORTE IDH. Caso de Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana. Sentença de 28 ago. 2014.

CORTE IDH. Caso Duque vs. Colômbia. Sentença de 26 fev. 2016.

CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguai. Sentença de 24 fev. 2011.

CORTE IDH. Caso López Lone e outros vs. Honduras. Sentença de 5 out. 2015.



CORTE IDH. Caso Massacre de El Mozote e lugares vizinhos vs. El Salvador. Sentença de 25 out. 2012.

CORTE IDH. Caso Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia. Sentença de 30 nov. 2012.

CORTE IDH. Caso Mendonza e outros vs. Argentina. Sentença de 13 maio 2013.

CORTE IDH. Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana. Sentença de 28 ago. 2014.

CORTE IDH. Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) vs. Peru. Sentença de 30 nov. 2007.

CYRINO, André Rodrigues. Controle de constitucionalidade. Descumprimento de lei reputada inconstitucional pelo Poder Executivo. Atribuição do Governador do Estado. Enunciado nº 3-PGE. Revisão. Precedente: Parecer nº 01/94-RFSOS; Parecer nº 12/95-RB. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 67, p. 311-380, 2013.

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

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

DIAS JUNIOR, José Armando Ponte; SALGADO, Eneida Desiree. Human rights in procedural democracies: a contribution to the debate. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 668-685, set./dez, 2021. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v12i3.28900.

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

DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A.. On the limits of constitutional liberalism: in search of constitutional reflexivity. In: DOWDLE, Michael W.; WILKINSON, Michael A. (Eds.). **Constitutionalism Beyond Liberalism**. Cambridge University Press, 2016.

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

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

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.



FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). **El Estado Moderno en Europa**: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FREITAS, Juarez. O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 217-238, abr./jun. 2010.

GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. Constitucionalidad y convencionalidad en Colombia: el diálogo entre las cortes. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 31-50, jan./mar. 2021.

GARGARELLA, Roberto. ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? **Perfiles Latinoamericanos**, Ciudad de México, n. 28, p. 9-32, jul./dez. 2006.

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

GUERRA, Eduardo J. Mitre. La potestad sancionadora del Estado y la doctrina de la convencionalidad en sede administrativa. In: ARÉCHIGA, Manuel Vidaurri; TERÁN, Sergio J. Cuarezma (Coord.). **Dimensiones del Estado Constitucional y control de convencionalidad**. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle judicial amplo da função administrativa e seus limites sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 46, p. 183-205, 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. La convencionalización del Derecho Administrativo en Latinoamérica. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 9, n. 2, p. 209-251, jul./dic. 2022. DOI: 10.14409/redoeda.v9i2.12550.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 209-236, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.82738.

HERNANDES, Luiz Eduardo Camargo Outeiro; PIOVESAN, Flávia. Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 2, p. 371-388, maio/ago. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i2.86138.



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

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El control de convencionalidad y la Administración Pública. In: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; DELPIAZZO, Carlos; SILVA FILHO, João Antonio da; VALIM, Rafael; RODRÍGUEZ, María. (Org). **Control Administrativo de la Actividad de la Administración**. v. 1. São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2019.

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

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

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

LAURENTIIS, Lucas Catib de. Entre lei e constituição: a administração pública e o controle de constitucionalidade no direito brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 260, p. 113-166, maio/ago. 2012.

LAURENTIIS, Lucas Catib de; FERREIRA, Felipe Grizotto. Anti-convencionalidade: erros, incoerências e paradoxos de um instrumento de controle sem controle. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 237-274, jan./abr. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i1.71780.

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

LEAL, Mônia Clarissa Henning; LIMA, Sabrina Santos. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: análise da Opinião Consultiva 24/2017. **Revista Ius et Veritas**, Lima, n. 61, p. 194-205, dez./2020.

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

LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.

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

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

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário**: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente? Belo Horizonte: Del Rey, 2010.



MARTÍNEZ, Augusto Durán. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; ROCHA, Jorge Bheron. Defensoria Pública e instituições essenciais à justiça no controle de convencionalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 22, n. 43, p. 17-27, jan./jun. 2020.

MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis. **Revista Direito Público**, v. 7, n. 31, jan./fev. 2011.

MENDOZA, Hugo Andrés Arenas. El caso de Gustavo Petro vs. Colombia: un estudio de convencionalidad y constitucionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 90, p. 35-61, out./dez. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i90.1726.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

PAÚL, Álvaro. En búsqueda de patrones que expliquen los montos que otorga la Corte Interamericana de Derechos Humanos por daños morales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 3, e235, set./dez. 2023. DOI: 10.5380/rinc.v10i3.91326.

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

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina; TAQUES, João Daniel Vilas Boas. Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção da população LGBTI+. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 67, n. 2, p. 153-186, maio/ago. 2022.

RAMÍREZ, Hugo Saúl. Pro persona: fundamento y sentido de la primacía jurídica de la humanidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 387-405, maio/ago. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i2.75450.

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

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

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



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

REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **Democratização do Poder Judiciário no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

RODRÍGUEZ FERREIRA, Octavio. Supremacía constitucional, jerarquía normativa y derechos humanos en México: evolución jurisprudencial histórica y narrativas actuales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 3, p. 679-705, set./dez. 2021. DOI: 10.5380/rinc.v8i3.76714.

RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario. La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. **Cuestiones Constitucionales**, Ciudad de México, n. 33, p. 157-191, jul./dez. 2015.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014.

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

SALAZAR, Elard R. Bolaños. Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa? **Administración Pública & Control**, n. 27, p. 66-72, mar. 2016.

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

SEMER, Marcelo. **Os paradoxos da Justiça**: Judiciário e política no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SUSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã**: resgatando o Estado Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2021.

TUSHNET, Mark. Varieties of populism. **German Law Journal**, v. 20, n. 129, p. 382–389, 2019.

USTARIZ, Marthe Robles. NINO, Diana Geraldine Quevedo. El ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades del Estado. Instrumento para la efectiva protección y garantía de los derechos de acceso en materia ambiental. In: PACHÓN, María del Pilar García (Coord.). **Información, participación y justicia Ambiental**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.