

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO ALIADO DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL¹

Adelle Rojo²

Fabrcio Fracaroli Pereira³

Resumo: O cenrio do segundo ps-guerra implicou numa mudana de paradigmas quanto ao que at ento se entendia por direito constitucional. No Brasil, a entrada em vigor da Constituio Federal de 1988 foi a responsvel pela mudana. Emergia, pois, o neoconstitucionalismo. O presente enredo se dedica, principalmente, aos componentes tericos desse movimento e objetiva tecer reflexes acerca do modo de interpretao constitucional revelado. Isso feito a partir da possibilidade de proteo conferida pelos documentos internacionais de direitos humanos incorporados ao direito ptrio e do controle jurisdicional de convencionalidade. Para tanto, pretende-se, especificamente, delinear os marcos histrico, filosfico e tericos do aludido movimento, bem como concepes a ele antecedentes; compreender a fora normativa da Constituio, a expanso da jurisdio

¹ Trabalho originariamente apresentado na V Semana do Conhecimento do UNIVEM – Centro Universitrio Eurpides de Marlia, sob o ttulo “Hermenutica constitucional em tempos de neoconstitucionalismo”, com adaptaes.

² Mestranda em Teoria do Direito e do Estado no Programa de Estudos Ps-Graduados em Direito do Centro Universitrio Eurpides de Marlia (UNIVEM) - Bolsista Capes/Prosup. Ps-graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitrio Eurpides de Marlia (UNIVEM). Membro do Grupo de pesquisa DiFuSo (Direitos Fundamentais Sociais) cadastrado no CNPq. Advogada.

³ Mestre em Cincia Jurdica pela Universidade Estadual do Norte do Paran (UENP). Ps-graduado em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pelo Centro Universitrio Eurpides de Marlia (UNIVEM). Membro do Grupo de pesquisa Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, cadastrado no CNPq. Advogado.

constitucional e a nova interpretação que deve ser feita do texto constitucional; relacionar a proteção conferida pelos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil com os aspectos da nova hermenêutica constitucional e discorrer a respeito do controle de convencionalidade. A pesquisa se caracteriza como qualitativa, exploratória e bibliográfica, e é desenvolvida com base no método hipotético-dedutivo. Ao final, foi possível obter um esclarecimento a respeito da dinâmica com que se reveste o direito constitucional contemporâneo e sua abertura para a proteção dos direitos humanos.

Palavras-Chave: Neoconstitucionalismo; Força Normativa da Constituição; Interpretação Constitucional; Controle de Convencionalidade; Direitos Humanos; Efetividade.

INTRODUÇÃO



atual cenário político-jurídico brasileiro é marcado por um crescente número de demandas judiciais com vistas à efetivação de direitos fundamentais, cuja violação, muitas vezes, está intimamente relacionada à ação/omissão estatal no trato de políticas públicas. Este contexto é influenciado por um movimento que emergiu do segundo pós-guerra e implicou numa mudança de paradigmas quanto ao que até então se entendia por direito constitucional. No Brasil, a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 foi a responsável pela mudança. Fala-se, pois, no neoconstitucionalismo.

Nessa esteira, objetiva-se tecer algumas reflexões acerca da nova interpretação constitucional - componente teórico do *neoconstitucionalismo* -, fazendo-o à luz da possibilidade de proteção conferida pelos documentos internacionais de direitos humanos incorporados ao direito pátrio e do controle jurisdicional de convencionalidade.

Em específico, pretende-se: delinear os marcos histórico, filosófico e teóricos do aludido movimento (*neoconstitucionalismo*), bem como concepções a ele antecedentes; compreender a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação que deve ser feita do texto constitucional; relacionar a proteção conferida pelos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil com os aspectos da nova hermenêutica constitucional; discorrer a respeito do controle de convencionalidade.

A investigação proposta encontra amparo acadêmico por refletir sobre questões concernentes à atuação do Poder Judiciário influenciada pela interpretação constitucional suscitada no contexto do neoconstitucionalismo. Além disso, justifica-se por tratar de um instrumento ainda pouco explorado no direito brasileiro e que pode contribuir sobremaneira na concretização de direitos humanos: o controle de convencionalidade.

A pesquisa se classifica como qualitativa, possui caráter exploratório e se desenvolve a partir de revisões bibliográficas a respeito da temática apresentada. O cumprimento dos objetivos pretendidos foi viabilizado a partir da aplicação do método hipotético-dedutivo, consoante se pode conferir pelo desenvolvimento que segue.

1. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO

A nomenclatura *constitucionalismo* passou a ser empregada para designar um movimento social, político e jurídico instalado com o fim de atender, principalmente, a dois objetivos: limitar o poder estatal e resguardar direitos fundamentais, fazendo-o – à época da Idade Moderna – com base na ideologia liberal. Nos ensinamentos de Canotilho (1993, p. 64):

A ideia constitucional [...] significa a criação de instituições através de lei formal para limitar e controlar o poder político e

vincular o exercício desse poder a normas bilateralmente vinculantes para os detentores dos poderes políticos e para os cidadãos [...] A ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais para se converter numa ideologia, abarcando os vários domínios da vida política, econômica e social (ideologia liberal ou burguesa).

Desde o seu surgimento, no final da Idade Média, um farto volume histórico foi condensado e diversas etapas paulatinamente superadas até a formação de sua atual concepção: o *ne-constitucionalismo*. Esclarecem Sarmiento e Souza Neto: “O constitucionalismo e as concepções sobre a Constituição que lhes são subjacentes têm variado bastante ao longo do tempo, influenciadas pelas profundas mudanças sociais, políticas e econômicas que vêm ocorrendo no mundo” (2012, p. 52). Na Antiguidade, alguns elementos das sociedades hebraica e grega são apontados como antecedentes de seu nascimento, inclusive no que tange aos primórdios do controle de constitucionalidade. Comparato (1998, p. 04) assim descreve:

Na democracia ateniense, existia um processo punitivo especial para propostas de lei ou deliberação que contraviessem aos princípios fundamentais do regime: era o *graphê paranomon*. Qualquer cidadão tinha o direito de embargar uma moção a ser votada pela assembleia do povo (*ekklesia*), alegando que ela feria a politeia, ou constituição da cidade. A votação era então suspensa e a questão submetida a um órgão judicial. O mesmo ocorria com decisões já tomadas pela assembleia, de natureza legislativa ou não. Se a alegação do denunciante fosse julgada precedente, o autor da moção ou do projeto de lei era condenado a uma multa, anulando-se a votação eventualmente já concluída. A pessoa condenada três vezes por esse delito perdia seus direitos cívicos. Na Atenas clássica, a Constituição da pólis era objeto de uma veneração quase religiosa. Aqui a Constituição tende a ser, sempre mais, uma colossal medida provisória.

A contribuição da Idade Média ficou a cargo de documentos como a Magna Carta do Rei inglês João I (Rei “João sem terra”) de 1215, cujo objetivo de limitar os poderes do soberano implicou na garantia de uma série de direitos aos ingleses e, ao

seu lado, da ideia de governo representativo. Apesar de originalmente voltado apenas à elite inglesa da época, o documento foi importante por inaugurar a noção de resguardo de direitos que séculos depois teriam sua proteção estendida – ao menos em tese – a todas as camadas da população. Na verdade, consistiu num catálogo de direitos individuais contra o Estado, ingrediente fundamental para o futuro do regime jurídico dos direitos humanos (RAMOS, 2014).

O constitucionalismo moderno (Idade Moderna) veio como reação ao Estado Absolutista, no qual a centralidade da produção normativa pelos governantes – outrora fundamental para a formação do Estado Moderno e exploração do capital – passou a caracterizar um obstáculo à continuação do desenvolvimento burguês. A liberdade da classe burguesa pressupunha, pois, a limitação do arbítrio estatal por meio da observância do ordenamento jurídico (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012).

Assim, marcado por três experiências principais (inglesa, norte-americana⁴ e francesa), o constitucionalismo da modernidade se assentou nos seguintes pilares: separação de poderes, garantia de direitos individuais e necessidade de legitimação do governo pelos governados por meio da democracia representativa (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012). Nesse sentido, importa mencionar as Constituições dos Estados Unidos (1787) e da França (1791), que definiram o povo como titular legítimo do poder e serviram de base para a conter a arbitrariedade reinante na época. Em suma, de índole eminentemente liberal, este constitucionalismo teve seu foco voltado às liberdades e à separação de poderes.

A formação do Estado constitucional de direito, ocorrida na Europa ao longo da segunda metade do século XX e no Brasil

⁴ A esse respeito, Barroso (2003, p. 59) é mais preciso ao apontar o início do fenômeno: “‘We the people... do ordain and establish this Constitution for the United States of America’. Com esta proclamação, que abre a Constituição norte-americana, primeiro exemplo de uma Carta escrita e solenemente ratificada, inicia-se o constitucionalismo moderno”.

após a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), constitui o marco histórico do novo direito constitucional. O panorama de seu desenvolvimento foi o segundo pós-guerra, caracterizado pela reformulação da organização política por meio das ideias de centralidade da Constituição e democracia, e teve como referências a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (Constituição Alemã) e a criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951 (BARROSO, 2006).

O cenário filosófico do neoconstitucionalismo é caracterizado pelo pensamento pós-positivista. Vale dizer: ética e moral se reaproximam e buscam conviver em prol dos direitos fundamentais, não sendo mais possível a estrita dicotomia positivismo e jusnaturalismo. Desse modo, para compreender a Constituição e os direitos fundamentais, é importante a integração de qualidades relevantes do positivismo e do jusnaturalismo, bem como a superação da defesa de tratamentos isoladamente positivistas ou jusnaturalistas (VALE, 2007, p. 74).

Teoricamente, o neoconstitucionalismo se caracteriza por três aspectos principais: o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração de categorias de uma nova interpretação constitucional (BARROSO, 2006).

Reconhecer a força normativa da Constituição significa concebê-la com *status* de norma jurídica e, em razão disso, superar a imagem - típica do constitucionalismo anterior - segundo a qual a Constituição é entendida como um documento de caráter meramente político. Assim, tudo o que nela é previsto, além de possuir força vinculativa e obrigatória, é dotado de imperatividade, ou seja, caso não observado, enseja uma maneira própria de cumprimento (BARROSO, 2006).

Em relação ao panorama brasileiro, a mudança foi mais recente:

Embora já contássemos com a existência de instrumentos de controle de constitucionalidade desde a proclamação da República, nossa cultura jurídica hegemônica não atribuía estatura

jurídica às normas constitucionais. As Constituições eram pródigas na consagração de direitos que quase nunca saíam do papel. [...] O cenário vem se alterando significativamente após o advento da Constituição de 88. Embora ainda exista uma grande distância entre os valores constitucionais e a realidade, a cultura jurídica hoje hegemônica vê na Constituição uma norma jurídica de verdade, que deve ser efetivada por meio de diversos mecanismos, dentre os quais desponta a jurisdição constitucional (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012, p. 358).

Da explicação dos autores é possível compreender que, intimamente ligada à força normativa da Constituição, se encontra outra característica do neoconstitucionalismo, a saber, a expansão da jurisdição constitucional, uma vez que é principalmente por meio do exercício da atividade jurisdicional que a norma constitucional se concretiza. A Constituição, portanto, ganha força e efetividade com a atuação acentuada de um Poder que evolui e supera sua percepção como mera orientação política.

De acordo com este aspecto, ao Judiciário – da mesma forma que os demais Poderes - também se atribui o dever de atuar no sentido de atender aos objetivos da República Federativa do Brasil, sobretudo no que tange à concretização de direitos fundamentais. Nesse sentido, elucidam Cambi e Pereira (2014, p. 04):

A Constituição, por ser detentora da força normativa, não representa um documento essencialmente político, dependente exclusivamente da discricionariedade do Executivo ou da atuação legislativa para a concretização de suas propostas. Ao Judiciário cabe, pois, a tarefa – comum ao Estado como um todo – de realizar os valores e fins constitucionalmente previstos.

Destarte, conforme princípio expresso no art. 5º, XXXV, CF/1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de maneira que, por ser a jurisdição inafastável, o Judiciário jamais pode se furtar do dever de apreciar e conseqüentemente concretizar direitos constitucionalmente previstos. A justificativa para essa atuação também está no fato de que “a Constituição, ao assumir o compromisso de

salvaguardar os direitos fundamentais [...], orientou para uma atuação mais enérgica do Poder Judiciário, especialmente nos casos de omissões dos demais Poderes” (CAMBI e PEREIRA, 2014, p. 04).

No que se refere à nova interpretação constitucional, Cambi e Pereira (2014, p. 03) ressaltam justamente “a necessidade de uma hermenêutica capaz de concretizar os compromissos assumidos pelo constituinte, em consonância com os anseios dos mais diversos setores da sociedade, sem, contudo, acarretar a exclusão de minorias pela maioria”. Assim, “O Judiciário deve concretizar direitos fundamentais, libertando-se do formalismo jurídico, sem cair no espaço fértil dos *voluntarismos* e *decisivismos* da Jurisprudência dos Valores” (CAMBI, 2012, p. 89).

Para que haja tal possibilidade, importante se mostra, por exemplo, a integração entre regras e princípios. Diante disto, Canotilho (1993, p. 168), embora se referindo ao Estado de direito democrático português, assim leciona:

A existência de regras e princípios [...] permite a descodificação, em termos de um <<constitucionalismo adequado>> [...] da estrutura sistémica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente de regras conduz-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Conseguir-se-ia um <<sistema de segurança>>, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto [...] não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta [...] O modelo baseado exclusivamente em princípios [...] levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do <<possível>> fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.

Deste modo, a imagem de um constitucionalismo adequado pressupõe a releitura constitucional como um sistema

aberto que comporta a coexistência e harmonia de regras e princípios, ou seja, que não é composta por apenas uma espécie normativa. Em outras palavras, regras e princípios devem coexistir a fim de que a Constituição seja compreendida como um sistema aberto.

Nesse ínterim, há o reconhecimento do caráter normativo dos princípios como uma das características da nova interpretação constitucional. Por meio deles, valores são consagrados e fins públicos são indicados para se realizarem por diversas formas (BARROSO, 2006). Todavia, há um necessário cuidado a ser tomado, uma vez que “os princípios, por serem “normas” abertas, não podem conduzir a interpretações arbitrárias. Toda exegese deve buscar “o” melhor sentido a ser extraído do sistema constitucional” (CAMBI, 2012, p. 92).

Além dos princípios, as transformações interpretativas também passam pelas denominadas *cláusulas gerais*, colisões de normas constitucionais, ponderação e argumentação jurídica. As cláusulas gerais equivalem a conceitos jurídicos indeterminados que permitem que o responsável pela interpretação a faça a partir de um significado inicial e de acordo com as especificidades do caso concreto (fatores objetivos e subjetivos). Por sua vez, a inevitável colisão entre princípios e direitos fundamentais em determinadas situações concretas carecem de solução que técnicas tradicionais de interpretação não podem conceder. Diante disso, surge a ponderação de normas, bens ou valores, artifício por meio do qual o intérprete tenta preservar o maior significado possível de cada um dos institutos em conflito, operando por meio de concessões recíprocas. Na impossibilidade, agirá fazendo prevalecer a norma, bem ou valor que melhor represente a vontade da Constituição (BARROSO, 2006).

No que diz respeito à argumentação jurídica, razão prática ou controle da racionalidade das decisões proferidas, Barroso (2006) explica que deve haver a ponderação em casos difí-

ceis (*hard cases*), isto é, casos que comportam mais de uma solução possível e razoável, e que, pelo fato de tais decisões envolverem atividade criativa do juiz, o dever de fundamentação das decisões é ainda mais acentuado.

Conseqüentemente, quanto à nova hermenêutica constitucional, arremata Bonavides (2004, p. 140-141): “Fora, portanto, da esteira metodológica da Nova Hermenêutica e sua constelação de princípios extraídos do texto da Lei Maior, não se logra a legitimidade das soluções constitucionais”. Diante disso, a título de complemento da importante tarefa do intérprete da Constituição, ganha relevo a necessidade de embasamento jurisprudencial também em instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos.

2. A ABERTURA MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO E AS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL

A viabilidade do suporte na normativa internacional se justifica pelo fato de que, após o processo de redemocratização brasileira instalado com a Constituição Federal de 1988, além do extenso rol de direitos e garantias fundamentais em seu texto previsto, abriu-se a possibilidade para o reconhecimento e busca de efetividade de outros direitos decorrentes da ordem constitucional. Trata-se da ideia de abertura material da Constituição, inaugurada pelo art. 5º, §2º, CF/1988, cuja redação prevê que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A presença de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional permite identificar, na expressão de Sarlet (2012), um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira. No mesmo sentido, Piovesan (2012, p. 69) ensina que “As Constituições latino-americanas estabelecem

cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, expandindo o bloco de constitucionalidade”.

Assim, a ideia de abertura material da Constituição permitiu o reconhecimento de “[...] todas as posições jurídico-fundamentais [...], sejam elas expressas ou implícitas, inclusive as previstas no direito internacional convencional” (SARLET, 2012, p. 115). Destarte, tornou-se possível a acolhida de direitos abarcados pelos tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil.⁵

Deixando de lado a controvérsia – até hoje não absolutamente sanada – acerca da hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (TIDH) resultante do acréscimo do §3º ao art. 5º da CF/1988, pela Emenda Constitucional n. 45/2004,⁶ uma vez que este não é o escopo do presente trabalho, importa sublinhar, propriamente, a influência que tais instrumentos podem exercer na interpretação constitucional. Sarmento e Souza Neto afirmam que

⁵ Como consequência, importantes documentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram incorporados ao ordenamento jurídico interno, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, promulgada pelo Dec. n. 678 de 1992; do Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador” de 1988, promulgado pelo Dec. n. 3.321 de 1999; da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, promulgada pelo Dec. n. 98.386 de 1989; do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966, promulgado pelo Dec. n. 592 de 1992 etc.

⁶ Referido parágrafo previu que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados por dois turnos em cada casa do congresso nacional pelo quórum de 3/5 em cada uma delas terão status de emenda constitucional. A partir daí diversos entendimentos foram tecidos acerca do status normativo dos tratados internacionais. Mazzuoli (2013, p. 128 e ss.) e Trindade (2006, p. 410 e ss.), por exemplo, entendem que os TIDH ostentam status constitucional independentemente de sua aprovação pelo quórum qualificado do §3º, do art. 5º da CF/1988, pois comportam um fundamento ético que ultrapassa qualquer pretensão do Estado de enquadrá-los em patamares previamente definidos. O STF, por outro lado, parece ter consolidado a tese da supralegalidade (e infraconstitucionalidade) dos TIDH. É o que se desprende, pois, do RE 466.343-1/SP, j. em 03 dez. 2008.

A busca de convergência entre a interpretação constitucional e os mandamentos contidos nos tratados sobre direitos humanos, além de fortalecer a proteção dos direitos fundamentais – objetivo central do nosso constitucionalismo –, tem também a vantagem adicional de evitar a possibilidade de responsabilização internacional do Estado Brasileiro por afronta aos direitos humanos (2012, p. 366).

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH), todo o conteúdo dos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, bem como a interpretação que a seu respeito realiza a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), devem nortear a atuação judicial interna que vise a concretização de direitos postos ao seu crivo. Nessa linha, “não só a normativa internacional, como também os argumentos empregados pelas cortes constitucionais e internacionais passam a ser cada vez mais considerados nas decisões adotadas na esfera interna em matéria constitucional” (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012, p. 365).

É assim porque o Brasil assinou e ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969, promulgada pelo Dec. n. 678 de 1992 e, do mesmo modo, se submeteu à competência obrigatória da Corte IDH,⁷ cujo entendimento já foi estabelecido no sentido de que consiste em obrigação dos Estados que reconheceram sua competência obrigatória a conformação de suas decisões com a jurisprudência por ela fixada.⁸

Dessa forma, em tempos de neoconstitucionalismo, a nova interpretação constitucional também deve considerar a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo

⁷ Decreto legislativo n. 89 de 1998 e Decreto presidencial n. 4.463 de 2002.

⁸ No caso *Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006. De acordo com Sagüés, “A partir desse momento, fixa-se, também, vez por todas, a obrigação dos juízes e tribunais nacionais em aplicar a Convenção Americana segundo a interpretação que dela faz a Corte Interamericana, atribuindo-se ao controle de convencionalidade um efeito positivo ou construtivo” (2011, p. 385 apud Mazzuoli, 2013, p. 101).

Poder Judiciário, o que certamente conferirá maior proteção a aludidos direitos. Todavia, de acordo com Mazzuoli (2014, p. 493)

[...] cabe destacar a dificuldade do Poder Judiciário pátrio (especialmente das instâncias ordinárias) em lidar com a aplicação dos atos internacionais, notadamente quando não se alega qualquer proteção convencional na exordial, e pela análise do caso concreto entende-se que o juiz deveria conhecer e aplicar determinado tratado.

Conforme destaca o autor, nota-se que a falta de aplicação da normativa convencional ocorre sobretudo quando a proteção nela prevista não está no bojo da peça que inaugura o processo. Por isso, Mazzuoli lembra do princípio *jura novit curia*, de acordo com o qual, a partir do momento em que uma lei entra em vigor, ela se torna obrigatória a todos. Quanto ao tratado internacional incorporado ao direito interno, o autor entende não ser diferente, pois “passa a compor o acervo normativo pátrio, devendo então o Judiciário aplicá-lo tal como se lei interna fosse, ainda que não alegado pelas partes: *jura novit curia*.” (MAZZUOLI, 2014, p. 493).

Portanto, a autoridade judicial tem o dever de conhecer a totalidade do ordenamento jurídico e isso não significa se limitar ao conjunto de normas tradicionalmente concebidas. A partir da força normativa da Constituição e da nova interpretação constitucional, existe a possibilidade de instrumentos internacionais comporem o ordenamento jurídico pátrio – por meio do § 2º do art. 5º da CF/1988 – e, por essa razão, é imprescindível o conhecimento daqueles que efetivamente foram incorporados ao direito brasileiro e, conforme se viu, do entendimento consolidado pela Corte IDH a seu respeito.

A responsabilidade por essa observação não se isola nas mãos do Poder Judiciário. A tarefa precisa ser cumprida em conjunto com os demais Poderes. Relativamente ao Legislativo, a título de exemplo, dose extra de atenção necessita ser empregada a fim de evitar a produção de normas que contrariem previsões

convencionais de direitos humanos internamente incorporadas, o que, no caso concreto, pode acarretar grande ofensa à dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Nesse contexto, importa destacar, ainda que brevemente, um instrumento que revela singular auxílio para a efetivação de direitos humanos e fundamentais no cenário delineado pelos aspectos do neoconstitucionalismo. Trata-se do controle jurisdicional de convencionalidade.

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO ALIADO DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O controle de convencionalidade é objeto de estudo recente da doutrina brasileira. Possui como marco teórico a sistematização realizada por Valério de Oliveira Mazzuoli (2009; 2013), voltada, especificamente, à atividade realizada pelo Poder Judiciário.⁹ Referido autor explica que o controle de convencionalidade pode ser praticado tanto no âmbito interno de um Estado quanto externamente. No primeiro caso, fica a cargo das três esferas de Poder: Executivo, Legislativo e Judiciário. Já no plano internacional, a responsabilidade por sua aplicação se direciona para alguma Corte internacional cuja competência o país tenha se submetido, a exemplo da Corte IDH, no caso do Estado brasileiro.

Como o foco do presente enredo se concentra na atuação do Poder Judiciário e, em especial, de seu órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal –, é necessário considerar seu modo de operação no controle de convencionalidade. Assim, principalmente no âmbito dos direitos humanos, por meio do controle jurisdicional de convencionalidade, a autoridade judicial exerce a compatibilidade entre a norma interna (em sentido lato), e os

⁹ Ramos (2014) também se dedica ao tema, porém, para ele, referido controle somente se caracteriza no âmbito internacional.

parâmetros aplicáveis ao controle (MAZZUOLI, 2013). Tais parâmetros englobam não apenas a normativa de tratados internacionais incorporados pelo Estado-parte que realiza aludido exercício, mas também a interpretação e jurisprudência fixadas pela Corte internacional que tenha competência reconhecida por referido Estado, conforme anteriormente apontado.¹⁰

Diante disso, quando a norma objeto de controle não se alinha às previsões dos parâmetros aplicáveis ao exercício, o Poder Judiciário deve afastar sua aplicação, uma vez que será inconveniente (SAGÜÉS, 2009, p. 03). Na verdade, há uma relação de complementariedade, pois ocorre uma dupla verificação de compatibilidade, de maneira que uma norma somente encontrará validade interna quando adequada à Constituição e aos TIDH ratificados e em vigor no país. (MAZZUOLI, 2013).

Percebe-se, portanto, que referido instrumento pode caminhar ao lado da força normativa da Constituição, da jurisdição constitucional e da nova interpretação constitucional, pois reúne condições para fortalecer o propósito de efetivar e garantir direitos fundamentais pela atuação judicial nesse sentido, conferindo-lhe melhor embasamento.

No entanto, não se pode olvidar que, para uma atuação judicial responsável – também no que tange à aplicação do controle de convencionalidade –, também é imperioso que a atividade desempenhada seja submetida a um controle, condição necessária para sua legitimação. Para Santos (2006, p. 48), “A Jurisdição Constitucional tem, em sua atividade, um relacionamento estreito com o elemento político. Por isso, é prudente que se cuide para fugir de qualquer tentação ou abuso desse poder”. A possibilidade deste controle se concretizar é viabilizada, por exemplo, a partir do “cumprimento rigoroso do dever constitucional de motivação das decisões (art. 93, IX, CF/1988)”

¹⁰ Para Mazzuoli, esse conjunto jurisprudencial integra o “bloco de convencionalidade”, cuja função é servir de referência para a atuação judicial pátria quando do exercício de compatibilidade da produção normativa doméstica com os TIDH (2013).

(CAMBI, 2012, p. 93).

Finalmente, de acordo com Cambi, também é necessário “sedimentar a noção da reserva da consistência¹¹, que exige que o Judiciário formule critérios seguros para a concretização de direitos fundamentais [...]” (2012, p. 93). Nesse sentido, portanto, a aplicação do controle jurisdicional de convencionalidade também se mostra extremamente adequada, pois, quando o Judiciário se utiliza dos critérios definidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para a concretização de direitos fundamentais, é possível considerar tal postura como mais um elemento apto a consolidar a ideia da *reserva de consistência*.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente enredo permitiu o esclarecimento a respeito da dinâmica com que se reveste o direito constitucional contemporâneo. Dentre seus aspectos teóricos, foi possível compreender a relação existente entre a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e os novos instrumentos disponíveis para o exercício da hermenêutica constitucional.

Diante disso, interessante observar o atual destaque atribuído ao papel do Poder Judiciário, principalmente no que tange às demandas cujos objetos giram em torno da concretização de direitos fundamentais. Para o êxito de suas tarefas, notável respaldo é encontrado a partir da força normativa da Constituição e da interpretação característica do novo direito constitucional.

Nesse ínterim, quanto à hermenêutica constitucional, o caráter valorativo e principiológico de sua normativa permitem que o responsável por sua aplicação promova a máxima proteção

¹¹ De acordo com Häberle (2002, p. 42): “Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (...). O resultado de sua interpretação está submetido à *reserva da consistência* (...), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais”.

e garantia dos direitos violados no caso concreto. A abertura material da Constituição exerce valiosa contribuição para tanto, pois, ao admitir que a ordem jurídica interna reconheça e incorpore direitos e garantias previstos nos tratados (principalmente) de direitos humanos, o intérprete passa a ter um reforço para a legitimidade de sua atuação nesse sentido.

Por fim, vislumbra-se a figura do controle jurisdicional de convencionalidade, cujo exercício pode contribuir sobremaneira para a efetiva e correta aplicação dos Tratados de Direitos Humanos no direito brasileiro quando do auxílio na interpretação constitucional. Entretanto, vale dizer, a concretização de tal finalidade pressupõe, além do controle ao qual o Poder Judiciário normalmente deve se submeter, um aperfeiçoamento da jurisdição constitucional no sentido da – imperiosa – necessidade de se conhecer o conteúdo dos Tratados incorporados ao Direito brasileiro, bem como a jurisprudência que a Corte IDH fixa a seu respeito.



REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Themis - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v.4, n.2, p.13-100, 2006. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/241>>. Acesso em: 01 maio 2017.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed.

- Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Revista Estudos Avançados*, 18, 51, p. 127-150, 2004.
- CAMBI, Eduardo. Protagonismo Judiciário Responsável. *Argumenta (Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP)*, Jacarezinho, n. 16, p. 83-97, 2012.
- CAMBI, Eduardo; PEREIRA, Fabrício Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios. *Revista de Processo*, v.237, p.435, nov. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. Réquiem para uma Constituição. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Edição especial em comemoração aos 10 anos de Constituição Federal. Set. 1998. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revis-taspge/revista/tes2.htm>>. Acesso em: 01 maio 2017.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos Tratados*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.
- _____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Coleção Direito e ciências afins. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2013. v.4.
- _____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 46, n. 18, pp. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)* - Revista do Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC), São Paulo, n.19, pp. 67-93, jan./jun. 2012. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_\(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf)>. Acesso em: 01 mar. 2016.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.
- _____. Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: levando a sério os Tratados de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, pp. 241-286, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 05 jul. 2016.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 43, n. 172, out./dez., 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional* (Teoria, história e métodos de trabalho). Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos do século XXI*. In: Org. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2006.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo.
Revista brasileira de direito constitucional – RBDC, n.
09, jan./jun. 2007.