



A criação de um direito comum e o controle de convencionalidade como avanço na implementação de um estado constitucional cooperativo

The creation of a common law and conventionality control as a progress in the implementation of a cooperative constitutional state

Ana Paula Pina Costa*

REFERÊNCIA

COSTA, Ana Paula Pina. A criação de um direito comum e o controle de convencionalidade como avanço na implementação de um estado constitucional cooperativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 53, p. 130-146, dez. 2023. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.124706>.

RESUMO

O artigo analisa a teoria de Merielle Delmas-Marty sobre a construção de um direito comum tendo como paradigma um pluralismo ordenado que propõe a recomposição das paisagens jurídicas nacionais e internacionais, sem que os Estados abandonem a sua identidade, tendo como ponto de partida o respeito aos direitos humanos na busca de uma harmonização entre os diversos sistemas jurídicos advindos da globalização. Com base no estudo da teoria pela construção de um direito comum, passa-se a análise da Teoria Constitucional Cooperativa e do papel dos Tribunais que devem conferir o diálogo e dar primazia às normas internacionais de direitos humanos comuns a todos. Após, procede-se à identificação dos principais desafios à implementação de um direito comum. Por fim, objetiva-se demonstrar que o controle de convencionalidade instituído pela Corte Interamericana de Direitos dialoga com os processos de implementação de um pluralismo ordenado para a criação de um direito comum e, portanto, deve ser aplicado pelos Tribunais na busca da implementação de um direito comum a todos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Comum. Teoria Constitucional da Cooperação. Papel dos Tribunais. Controle de Convencionalidade.

ABSTRACT

The article analyzes Merielle Delmas-Marty's theory on the construction of a common law, having as a paradigm an ordered pluralism that proposes the recomposition of the national and international legal landscapes, without the States abandoning their identity, having as a starting point the respect to human rights in the search for harmonization between the different legal systems arising from globalization. Based on the study of the theory for the construction of a common right, the analysis of the Cooperative Constitutional Theory and the role of the Courts, which should confer dialogue and give priority to international norms of human rights common to all. Afterwards, the main challenges to the implementation of a common law are identified. Finally, the objective is to demonstrate that the control of conventionality instituted by the Inter-American Court of Rights dialogues with the processes of implementation of an ordered pluralism for the creation of a common law and, therefore, must be applied by the Courts in the search for the implementation of a common right to all.

KEY-WORDS

Common Law. Constitutional Theory of Cooperation. Role of The Courts. Control of Conventionality.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Por um Direito Comum – Uma Síntese da Proposta. 3. Possíveis Respostas aos Desafios à Criação de um Direito Comum. 4. O Controle de Convencionalidade como Passo à Construção de um Direito Comum. 5. Conclusões. Referências. Dados da publicação.

* Possui graduação em direito - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (1998). Mestre (PUC-PR). Doutoranda em políticas públicas (UFPR).





1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a teoria de Merielle Delmas-Marty sobre a construção de um direito comum, pautado num pluralismo ordenado, que propõe a recomposição das paisagens jurídicas nacionais e internacionais, sem que os Estados abandonem a sua identidade, tendo como ponto de partida o respeito aos direitos humanos na busca de uma harmonização entre os diversos sistemas jurídicos advindos da globalização que alterou o panorama tradicional romano-germânico.

Inicialmente, analisa-se o panorama atual, como proposto pela autora referida, que compreende um espaço normativo desestatizado, um tempo desestabilizado e uma ordem deslegalizada, o que não mais condiz com a ordem jurídica proposta na pirâmide de Kelsen, e reclama novas abordagens à interpretação da ordem jurídica.

Em seguida, diante da conclusão pela necessidade da recomposição da paisagem e, portanto, de uma nova interpretação legislativa, aborda-se a possibilidade da construção de um direito comum pautado, nem na universalidade e nem na relatividade, mas sim num lugar situado entre elas, através da instituição de um pluralismo ordenado pelos processos da coordenação, harmonização e hibridação entre os sistemas jurídicos de Direito Interno e o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos.

A partir dos ensinamentos de Merielle Delmas-Marty sobre a construção de um direito comum, com base no pluralismo ordenado por estes três processos registra-se, no âmbito interno, a Teoria Constitucional Cooperativa e o papel dos Tribunais em conferir o diálogo e dar primazia às normas internacionais de direitos humanos comuns a todos, sem olvidar das especificidades regionais que possam interferir na aplicabilidade dos direitos humanos internacionais.

Pretende-se com o estabelecimento deste novo panorama e das proposições da autora referida, identificar os principais desafios à implementação de um direito comum e apresentar possíveis argumentações que não excluam a dificuldade de sua concretização, mas que se mostrem viáveis a uma busca progressiva e eficaz para uma cooperação jurídica internacional e para a criação de um direito comum, mormente no âmbito de proteção aos direitos humanos.

Discorre-se, assim, tanto sobre os processos de coordenação, harmonização e hibridação, para a instituição de um pluralismo ordenado que não conduza à anarquia, como sobre o papel dos Tribunais na consecução do direito comum, através da adoção de parâmetros





de interpretação que adotem como ponto de partida documentos internacionais protetores de direitos humanos.

Por fim, objetiva-se demonstrar que o controle de convencionalidade instituído pela Corte Interamericana de Direitos dialoga com os processos de implementação de um pluralismo ordenado para a criação de um direito comum, constituindo-se num passo progressista a este intento, mas que inspira cuidados na sua implementação, especialmente sobre a margem nacional de apreciação pelo receptor da norma para evitar que o Estado selecione a sua aplicabilidade de acordo com os seus interesses internos.

2 POR UM DIREITO COMUM – UMA SÍNTESE DA PROPOSTA

Necessário se faz esclarecer algumas questões metodológicas para a realização deste estudo, por primeiro, não se esgotam todas as abordagens realizadas por Delmas-Marty, mas somente, busca-se através de sua análise sobre a alteração da paisagem construída por um sistema legal de tradição romano germânica, fulcrado na necessária soberania estatal, e estabelecido na hierarquia entre as normas, demonstrar a necessidade de harmonização entre as múltiplas fontes do direito, especialmente do Direito Interno com o Direito Internacional.

Do mesmo modo, não se pretende estabelecer a hierarquia de normas internas sobre as externas, ou ao contrário, mas defender a possibilidade de minimizar as barreiras à construção de um direito comum para que ambas convivam harmonicamente, diante da premissa que toda a interpretação deve partir dos direitos humanos reconhecidos universalmente, embora com conotações distintas porque afeitas à realidade de cada Estado, com mais ou menos diversidade cultural, com maior ou menor dependência do histórico de sua colonização.

Mireille Delmas-Marty ao cunhar um direito comum a todos propõe a recomposição das paisagens jurídicas nacionais e internacionais, sem que os Estados abandonem a sua identidade, tendo como ponto de partida o respeito aos direitos humanos como o “direito dos direitos” para aprimorar os diferentes sistemas em direção a um sistema pluralista ordenado.¹

O panorama atual implica na ilação de que, diante da pluralidade de fontes jurídicas, da profusão de normas jurídicas temporárias, da privatização da competência legislativa, e mormente, da crescente internacionalização das normas gerais do direito com ênfase em direitos humanos, não se concebe mais um pensamento adstrito à soberania estatal, sendo urgente uma

¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.





reconstrução da interpretação do texto da lei que priorize os direitos humanos como ponto de partida para qualquer exegese legal.

O jurista situa as regras de direito num espaço normativo e num tempo normativo para compreender o processo de geração destas regras, ou seja, a ordem normativa, cuja paisagem atual não coincide mais com àquela de tradição romano-germânico inspirada pela unidade e estabilidade, e na qual o espaço normativo identificava-se com o Estado, o tempo normativo referia-se à duração da norma e a ordem normativa era organizada em torno da lei.

Uma paisagem revolucionada pelo surgimento de regras jurídicas por todo lado, em todos os sentidos e a qualquer tempo compreende um espaço normativo desestatizado, um tempo desestabilizado e uma ordem deslegalizada.

O espaço normativo desestatizado advém da pluralidade das fontes normativas, estatais e não-estatais, sendo que a idéia do monopólio do Estado, embora confira estabilidade, não mais subsiste nas suas principais representatividades: o Estado-nação que expressa a sua soberania, inclusive cultural, cujos interesses e aspirações seriam idênticas e compartilhadas; o Estado-centro percebido como fonte de organização política; e o Estado-esfera pública resultante de uma distinção entre Estado e sociedade civil.

A autora pontua que a internacionalização crescente, a descentralização e a privatização das fontes do direito, em graus diferentes, são os três movimentos responsáveis pela desestatização do espaço normativo.

A internacionalização na Europa foi marcada pelas fontes europeias do direito e pela criação de diversas instituições jurídicas autônomas, como por exemplo, a Comunidade Européia, da qual decorreu um direito comunitário, e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Comissão e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A descentralização pode ser considerada como aquela em que o deslocamento das fontes de direito opera do centro para a periferia, em proveito das coletividades territoriais, ou está acompanhada de uma certa privatização quando o espaço normativo local não está adstrito à esfera pública.

Não se confunde a descentralização com a desconcentração dos poderes, já que esta última transfere certa autonomia de decisão aos representantes locais, mas somente do poder regulamentar, ao passo que, a primeira, transfere a competência de modo a conferir uma genuína autonomia local às instâncias cujo estatuto se relaciona mais com a noção de deontologia profissional e se reporta às profissões organizadas em ordens (arquitetos, médicos, advogados, e outros).





A privatização das fontes do direito afeta o emissor da norma de forma direta e, de forma indireta, o seu receptor, já que se traduz na atribuição de competência para emitir normas e padrões técnicos aplicáveis a diversos produtos, conferindo um poder normativo amplo a uma associação privada, que recebe participação da administração pública, de representantes das indústrias e dos usuários.

As leis são editadas com o tempo, mas seus mandamentos são perpétuos, entretanto, a dominação do tempo pelas leis é uma finalidade irrealizável, salvo se os legisladores tivessem a capacidade de antecipar o futuro, sendo que, de acordo com o conservadorismo jurídico manipulador, para evitar alterar as leis, outros significados deveriam lhe ser atribuídos para que, ainda que por outros motivos, continuassem sendo observadas.

A moderação do legislador foi a resposta do Estado liberal para que as leis editadas não fossem imobilizadas, que deveria dispor apenas sobre o futuro, sem efeito retroativo, contudo, a partir de uma concepção social do direito que entende o processo de transformação como contínuo e móvel que deve se adaptar a todo momento, a doutrina atual busca novos paradigmas que possam conferir estabilidade legislativa, em que pese a extrema variabilidade que atinge as fontes do direito.

As fontes temporárias do direito contrariam a perpetuidade da lei, sendo que a edição de leis temporárias são inspiradas pela urgência ou pela prudência e devem possuir caráter temporário como garantia essencial da democracia, sem alterar a ordem normativa.

As fontes evolutivas situam as fontes do direito no presente, como o direito comunitário que prevê o resultado que deve ser alcançado sem indicar os meios jurídicos para tanto, o que reforça a autonomia dos Juízes, já que confere liberdade ao receptor da norma em relação ao seu emissor, do que resulta uma verdadeira geração do direito e fortalece ainda mais a variabilidade das fontes de direito.

A geração do direito, na tradição romano-germânica, situa-se num campo puramente normativo, desconsiderando qualquer contexto simbólico, o que confere uma sobreposição da lei, entretanto, ignora o papel normativo daquele que a interpretará e aplicará, e o campo simbólico dos valores enraizados nos princípios gerais do direito que norteiam o emissor e o receptor da norma.

A ordem deslegalizada é assim denominada por abranger fontes legislativas e não legislativas do direito, sendo exemplo destas últimas a possibilidade de geração de direitos pelo Juiz que detém a atribuição de interpretar o texto da lei.





A relação entre a lei e a interpretação do Juiz pode ser antagônica, quando seu texto utiliza definições muito precisas para não dar margem ao intérprete que, por sua vez, busca as suas falhas para poder criar o direito, ou complementar, quando ambos trabalham juntos para a geração do direito.

O intérprete sofre muitas outras coerções, as quais não se limitam à precisão do texto da lei, como por exemplo, pelas interpretações realizadas pelo próprio governo através da emissão de portarias e ofícios circulares, que embora não tenham caráter coercitivo são constantemente utilizadas pelos requerentes e como reforço argumentativo na decisão judicial.

A interpretação da lei pelo Juiz deve se conformar às diretrizes gerais de interpretação que indicam quais os métodos serão utilizados e possuem uma densidade que propicia certa margem de liberdade, ainda mais quando existem lacunas na lei ou normas em conflito.

Ademais, a superabundância traz uma complexidade que se torna cada vez mais frequente a consulta ao Juiz para emitir parecer sobre a interpretação do texto legal, denominada ressurgência do reescrito, instituição de direito romano retomada pelo direito comunitário, como por exemplo, o Tribunal de Luxemburgo que responde a questões pré-judiciais formuladas pelos Tribunais dos Estados-Membros.

Os princípios gerais do direito são gerais e heterogêneos, com origem em horizontes diversos como a moral, a técnica jurídica e a filosofia política, e perfazem a unidade de um sistema de direito.

Nem todos os princípios gerais do direito são escritos, sendo que às vezes são deduzidos da interpretação de um conjunto de legislações pelo próprio Juiz, o que não significa que são inventados, mas sim que são extraídos do sistema jurídico estabelecido, com hierarquia igual ou mesmo superior a das leis.

O princípio escrito num texto supralegislativo, como numa convenção internacional ou num tratado, está em posição superior às leis, embora a própria ideia de hierarquia esteja ultrapassada diante da impossibilidade da imagem da pirâmide retratar uma paisagem fragmentada por tantas fontes de direito.

A pirâmide de Kelsen refere-se a uma ordem jurídica com hierarquia de normas, que são sobrepostas ou subordinadas umas as outras, cuja geração do direito seria contínua e estabilizada pelas coerções hierárquicas, mas que não se adapta à instabilidade do tempo normativo, à heterogeneidade espacial e nem estabelece a hierarquia normativa dos princípios gerais do direito.





A alteração da cadeia normativa não ocorreu pela extinção da hierarquia e sim pela coexistência de cortes supremas autônomas e não hierarquizadas entre si, acarretando uma descontinuidade constitucional pela ausência de um sistema eficaz de controle de constitucionalidade das leis na França, como também, uma descontinuidade européia representada pela inexistência de um controle prévio de constitucionalidade e da incerteza acerca do lugar ocupado por uma norma constitucional e por uma norma de direito comunitário, pois ambas são supralegislativas mas sem hierarquia estabelecida entre elas.

Assim, em vez da hierarquia linear e contínua representada pelo desenho da pirâmide, surgem hierarquias descontínuas e enredadas, o que pode ser ilustrado pela Convenção Européia dos Direitos do Homem que está destacada do direito comunitário, não existindo hierarquia legislativa entre estes instrumentos de direito internacional, os quais são justapostos, sendo que a primeira ainda não foi incorporada pela Comunidade Européia, embora haja observância da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem porque é evolutiva e pelo esforço de ambos os Tribunais em evitarem conflitos.

Não se trata do desaparecimento das hierarquias, mas sim de um enredamento entre elas procedido não de uma forma retilínea, mas sim curvilínea que introduz a ideia de um anel e, portanto, mais expansivo, onde há maior interação e novos modos de geração do direito.

A teoria da escola Alemã de Lubman e Teubner apresenta o direito como um sistema autopoietico, organizado de modo circular e que se afasta do modelo hierárquico para adotar um modelo circular sem centro e topo e, consequentemente, explica sistemas juridicamente diferentes e autônomos entre si, traduzindo-se na ideia de hierarquias alternativas, mediante um jogo de referências cruzadas de um sistema a outro, que determina alternativamente a primazia de um e depois de outro, pela comunicação entre os princípios gerais do direito.

As hierarquias invertidas pressupõem a existência de um sistema integralmente ou parcialmente hierarquizado, no qual ocorre uma inversão e a norma e o seu sentido são determinados pelo nível inferior, o que pressupõe que as normas do nível superior possuem uma indeterminação que preserva a autonomia do nível inferior.

De qualquer modo, o sistema europeu não pretende a adoção de um sistema pluralista, sendo que sugere com as hierarquias alternativas ou invertidas novas possibilidades para que na eventualidade de um pluralismo jurídico, este seja coordenado para não se traduzir em desordem ou decomposição da paisagem.

Os princípios gerais do direito, apesar de sua diversidade, expressam certa homogeneidade quanto aos valores que os inspiram, em compensação, a especificidade dos





direitos do homem baseia-se na heterogeneidade e produzem efeitos que não se limitam a formar consciência jurídica, mas comandam as escolhas do legislador e do Juiz porque consistem em direitos dos direitos de inspiração metajurídica, associando os três processos de determinação das normas em redistribuição, ou recomposição, das categorias jurídicas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi consagrada como um conjunto de direitos fundamentais, e a Declaração Universal de 1948 iniciou um processo de internacionalização dos direitos do homem, inclusive com a recente inserção dos direitos de solidariedade. Eventuais conflitos ocorreriam entre os direitos civis e políticos e os direitos sócio-econômicos culturais, os quais se resolveriam no princípio da dignidade da pessoa humana: direito à existência e das condições para a existência.

Portanto, a construção de um direito comum proposta por Delmas-Marty pressupõe a construção de um pluralismo ordenado, com a cooperação entre os Estados e a interpretação da lei a partir dos direitos humanos, dirimindo-se eventuais conflitos entre estes pelo princípio da dignidade da pessoa humana.²

3 POSSÍVEIS RESPOSTAS AOS DESAFIOS À CRIAÇÃO DE UM DIREITO COMUM

A construção de um direito comum nos termos propostos por Delmas-Marty parece de difícil concreção, mas não impossível, em virtude da existência de alguns desafios, tais como: a sobreposição da economia aos direitos humanos nos Tribunais, as desigualdades e diversidades culturais especialmente na América Latina, a perspectiva eurocêntrica sobre a qual foi construída que não se aplica à realidade latino-americana, a utilização do projeto para tornar determinada cultura ou economia hegemônica, dentre outros.

Importante registrar que a proposição da criação de um direito comum e da instituição de um pluralismo ordenado não está adstrita exclusivamente a uma perspectiva eurocêntrica, pois seu objetivo não é minar a identidade dos Estados, estando atenta às questões das desigualdades e diversidades culturais entre os Países, contanto que, busca um direito comum a todos com respeito às especificidades e à realidade individual no plano doméstico.

Com relação à sobreposição da economia sobre os direitos humanos que impediria a construção de um direito comum, Delmas-Marty defende que estes sejam unidos e harmonizados para instituir um direito comum pluralista ordenado, o que não consiste em uma

² DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.





tarifa simples, seja, pela diversidade cultural e religiosa dos Países que dificulta a uniformização, ou seja, pela hegemonia econômica exercida por determinados Países.³

O pluralismo ordenado como condição para a criação de um direito comum remete à idéia de coordenação e implica em assumir objetivos limitados de integração, pois não almeja uma conformidade normativa, e sim uma compatibilização entre os espaços normativos através da conciliação e ordenação das diferenças entre os sistemas jurídicos.⁴

Mireille Delma-Marty explica que o pluralismo jurídico implica numa pluralidade de sistemas de direitos independentes que deve ser integrado a uma ordem estatal que pressupõe uma estrutura hierárquica, mas não organiza estes sistemas, enquanto que, a proposta de um pluralismo ordenado envolve a interação dos processos de coordenação, harmonização e hibridação na busca de uma reconciliação entre o universalismo e o pluralismo.

O processo de coordenação, segundo a autora, facilita uma espontânea reconciliação entre sistemas diferentes e pode ser realizado de um legislador para outro ou através do diálogo judicial, sendo o mais praticado, mas também o mais incerto porque depende da boa vontade dos atores estatais. O processo de harmonização é mais restritivo porque depende de uma hierarquia entre os níveis nacional e internacional, sendo que do nível nacional para o nível internacional, ou ao inverso (ascendente ou descendente), a harmonização substitui um requisito de conformidade por um de compatibilidade e, por fim, o processo de hibridação, multilateral e recíproco, solidifica a hierarquia das normas ao impor uma norma única, sendo que através da racionalização destes três processos a referida autora entende ser possível criar uma dinâmica que servirá não apenas para construir um direito comum, como também para criar um pluralismo ordenado situado em algum lugar entre o relativo e o universal.⁵

Ao expor de forma descritiva e analisar a proposta para a criação de um direito comum de Delmas-Marty, Siddharta Legale Ferreira também sugere que a internacionalização do direito seja considerada em três dimensões:

- a) internacionalização metodológica: emprego da comparação jurídica ou do Direito Internacional privado para harmonizar ou uniformizar o Direito, bem como criticá-lo; b) internacionalização político-institucional: multiplicidade de instituições que intervêm ou decidem sobre temas jurídicos, seja por meio de uma internacionalização do poder constituinte e a criação de blocos

³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁴ MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Processo de Internacionalização dos Direitos: A Criação de um Direito Comum. *Revista do Curso de Mestrado Direito da UFC*. v. 2, 2010. pp. 137-149.

⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Legal Pluralism as a Dynamic Process in a Moving World*. Fev/2018. Disponível em: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Acesso em: 05 nov. 2020).





econômicos regionais supranacionais, seja por decisões de juízes nacionais com efeitos extraterritoriais; internacionalização das fontes do Direito: mudança no modo de conceber o ordenamento jurídico e interpretar suas regras, saindo de uma concepção hierarquizada da pirâmide para uma visão dinâmica da nuvem, porosa às influências variadas, como as do Direito Internacional, Comunitário e Comparado.⁶

Para o referido autor, através destas dimensões de análise propostas, nos termos apresentados por Delmas-Marty, o ordenamento jurídico passa a ter uma estrutura complexa e aberta, que possibilita que o Direito Interno e o Direito Externo estabeleçam múltiplos relacionamentos das mais variadas formas e no contexto do exercício das atividades estatais.

Destarte, o pluralismo ordenado no plano internacional depende de movimentações de internacionalização do direito, como a harmonização que pode ser vista como um movimento pelo qual os Estados colocam-se na obrigação moral ou jurídica de reformular seu ordenamento jurídico para adequá-lo à norma jurídica internacional, e a hibridação que traz como premissa um corpo normativo supra-estatal que nortearia a ação dos Estados para harmonizar os sistemas jurídicos por meio da cooperação jurídica internacional.⁷

Dentro desta perspectiva de um pluralismo ordenado para a criação de um direito comum, através dos processos de coordenação, harmonização e hibridação, sobreleva-se o papel preponderante na atuação dos Tribunais que, por vezes, optam por métodos de interpretação que reforçam o caráter contraposto entre a economia e os direitos humanos, ao invés, de buscar harmonizar-los:

Nesse sentido, identifica-se a atuação dos tribunais e seu papel preponderante na construção de um direito comum em cenário global, por meio de métodos de interpretação que lhe são pertinentes e visam sumariamente reafirmar, de forma constante, o caráter contraposto existente entre economia e direitos humanos: a concorrência e a cooperação.

Pode-se afirmar que em decorrência do caráter economista que prevalece no fenômeno da mundialização perpetrada nos tribunais, prolifera a concorrência – a fim de legitimar questões meramente econômicas, se reconhece ou não a mundialização no âmbito jurisdicional de modo a se sobrepor a soberania estatal quando houver conveniência. No entanto, importa salientar que a necessidade de se vislumbrar a atuação jurisdicional em todas as acepções através do aspecto humanístico, sugere a cooperação enquanto meio para se prevalecer a efetivação dos direitos do homem sobre o aspecto econômico, nos diálogos interjurisdicionais.⁸

⁶ FERREIRA, Siddharta Legale. Internacionalização do Direito: Reflexões Críticas sobre seus Fundamentos Teóricos. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, agosto/2013, p.134.

⁷ BELTRAME, Adriana; SILVA, René Marc da Costa. A cooperação jurídica e a internacionalização do direito como instrumentos de ligação entre o local e o global no sistema mundo atual. *Padê- UNICEUB*. Volume 2, n.º 2. Brasília: jul/dez. 2008. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/pade/article/view/584>. Acesso em: 04 nov. 2020.

⁸ DEL'OLMO, Florisbal de Souza; MARTINS, Evilhane Jum. As disparidades regionais frente à construção de um direito comum em âmbito global: o caso da América Latina. *Revista Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: v. 3, n.1, jan/jun 2017, pp. 39-40.





O fortalecimento da cooperação nos Tribunais é indispensável à harmonização entre a economia e os direitos humanos preconizada por Delmas-Marty, considerando a diversidade cultural, política e econômica entre os Países, a partir de um pluralismo ordenado, no qual as decisões locais não fiquem adstritas ao Direito Interno mas também recorram aos marcos normativos internacionais.

O Estado Constitucional Cooperativo é um modelo teórico proposto por Peter Haberle que tem como fundamento a cooperação entre os Estados de Direito com a finalidade de possibilitar uma maior aproximação dos povos através do elemento cultural:

O Estado Constitucional Cooperativo é a resposta interna do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à mudança no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação. Ele constituiria uma mudança constitucional "de fora", se essa idéia não fosse duvidosa em razão de seu esquema interno/ externo. Estados Constitucionais e Direito Internacional ou relações internacionais influenciam-se hoje, também, mutuamente, em suas mudanças – a doutrina dos "dois mundos" ou dos "dois reinos" torna-se questionável- e ambos são, simultaneamente, sujeito e objeto dessa mudança. O Estado Constitucional aberto somente pode existir, a longo prazo, como Estado cooperativo, ou não é um Estado "Constitucional"! Abertura para fora se chama cooperação. Ao contrário, essa combinação leva a que, no melhor dos casos, os Estados cada vez mais se constituam: pois os mesmos colocam-se sob pressão do constituído- e ainda constituinte - Direito Internacional comunitário e da "engajada" força dEstado Constitucionale, sem prejuízo da mencionada - negativa- "situação de declive".⁹

A teoria do Estado Constitucional Cooperado indica uma centralização do poder normativo em um cenário internacional que garanta a efetivação dos direitos humanos para todos, não sendo mais possível a incidência do pressuposto da soberania nacional e de ordenamentos isolados e absolutos, e cuja cooperação deve ocorrer nos planos econômico, social e também humanitário.¹⁰

O exercício do diálogo, priorizando a cooperação em detrimento da concorrência, significa conferir primazia aos princípios e valores comuns que regem um certo momento da história e que se situam além dos limites dos Estados, afinal, nenhum Tribunal está imune ao que decidem os demais Tribunais porque a internacionalização dos direitos humanos não se

⁹ HABERLE, PETER. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, pp. 10-11.

¹⁰ NOSCHANG, Patricia Grazziotin; PIUCCO, Micheli. O Estado Constitucional Cooperativo de Peter Haberle e a Teoria do Controle de Convencionalidade das Leis como um Modelos de Efetivação do Direito Internacional Cooperativo e Comum. *Revista Jurídica Cesumar*. v. 19, n. 2, maio/agosto 2019, pp. 359-375.





encontra dissociada da realidade, ao contrário, serve como conector entre as várias dimensões locais, nacionais, supranacionais e internacionais sobre a matéria.¹¹

Portanto, o Estado constitucional cooperativo pressupõe uma democracia pluralista, a garantia dos direitos fundamentais, a divisão das funções estatais do poder, um Judiciário independente e, no Direito Internacional, uma percepção da cooperação, da responsabilidade internacional e da solidariedade.¹²

Neste movimento de internacionalização para a criação de um direito comum, consoante as diretrizes de ordenação do pluralismo ora apresentadas, e considerando o papel dos Tribunais neste intento, torna-se primordial a adoção de critérios de interpretação e de práticas que, progressivamente, transportem os direitos humanos previstos nos Tratados e Convenções Internacionais ao ponto de partida para a interpretação e aplicação das normas de Direito Interno.

4 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO PASSO À CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO COMUM

A Corte Interamericana de Direitos exigiu dos Estados que estão sob sua jurisdição a adequação do seu Direito Interno às normas da Convenção Americana, com a criação de um método de controle da legislação doméstica e dos atos normativos do Poder Público, tendo como paradigma não somente a Constituição do Estado, como as convenções internacionais sobre direitos humanos ratificadas e em vigor no País.

A orientação baseou-se na responsabilidade dos Juízes e Tribunais internos em controlar a convencionalidade das leis locais do mesmo modo que controlam a constitucionalidade destas mesmas leis, propiciando a abertura de um diálogo entre os sistemas de justiça, o que pode ser lido como processo da coordenação pelo diálogo e da harmonização apontadas por Dalmás-Marty, bem como pelo Estado Constitucional Cooperativo cunhado por Peter Haberle.

O Controle de Convencionalidade ganhou força no Brasil após o julgamento do RE 466343/SP, em 2008, pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que os tratados e

¹¹ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos interjurisdicionais: um problema de cooperação ou de concorrência?* Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/30/dialogos-interjurisdicionais-um-problema-de-cooperacao-ou-de-concorrenca>. Acesso em 04 nov. 2020.

¹² GONTIJO, André Pires. Entre o Tempo & o Espaço: Convergências e Divergências entre os Estudos Jurídicos Comparativos e o Método Comparativo no Aperfeiçoamento do Direito. *Anais do XVIII CONPEDI em Maringá/PR*, 2009. pp. 4687-4717. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/quemsomos/eventos>. Acesso em 04 nov. 2020.





convenções internacionais de direitos humanos recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Emenda Constitucional n.º 45/2004, a qual inseriu o §3º no artigo 5º da Constituição Federal¹³, possuem caráter supralegal e infraconstitucional, ou seja, estão abaixo da Constituição Federal e acima das normas ordinárias.

Com a aprovação da Emenda Constitucional supramencionada, o Congresso elevou os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados na ordem jurídica à categoria de normas constitucionais, mediante aprovação de quórum qualificado, e no que se refere aos documentos internacionais aprovados anteriormente à sua entrada em vigor, estes seriam materialmente constitucionais na forma do §2º do artigo 5º da CF, sendo conferida uma discricionariedade ao Congresso para decidir quais deles serão formalmente constitucionais.

Ainda, sobre a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais que dispõem sobre direitos humanos, Flavia Piovesan doutrina:

Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §1º –, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática da incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.¹⁴

Valério de Oliveira Mazzuoli doutrina que todas as normas infraconstitucionais editadas no País devem ser analisadas acerca da compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, sendo que os Tratados de Direitos Humanos (materialmente ou formalmente constitucionais) serão objeto do controle de convencionalidade.¹⁵

Portanto, o controle de convencionalidade passa a ser imprescindível tanto quanto o controle de constitucionalidade das leis, e abre um diálogo entre os sistemas de Direito Interno e Internacional de Proteção aos Direitos Humanos.

Acerca da finalidade do controle de convencionalidade, Valério de Oliveira Mazzuoli leciona que:

¹³ Artigo 5º (...)

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.144.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral de Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, 46, n. 181, jan/mar. 2009, pp. 113-139.





O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional. Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de adaptar ou conformar os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno.¹⁶

Para além da equiparação dos Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos às normas constitucionais, de qualquer forma, certo é que estes foram recepcionados, no mínimo, com carácter supralegal, o que significa que nenhuma legislação infraconstitucional ou ato normativo do Poder Público pode afrontar os direitos humanos nelas proclamados e serão submetidas ao controle de convencionalidade.

Logicamente que, para o objeto deste estudo, não serão analisadas as jurisprudências no Brasil que buscaram aplicar o controle de convencionalidade, já que seu objetivo é demonstrar que este é um método de cooperação jurídica internacional na busca de uma construção progressiva de um direito comum.

Assim, o controle de convencionalidade é determinante para tornar o Direito Interno mais receptivo ao Direito Internacional de proteção aos direitos humanos, e sua implementação efetiva é condicionante da democracia e do princípio da dignidade da pessoa humana, entretanto, como advertido pelos doutrinadores já citados, este não poderá ser aplicado somente quando o resultado for interessante ao País.

Deve-se buscar estabelecer um modelo coerente, independentemente do resultado ao qual se pretende alcançar, e não tornar a margem de apreciação, apontada nos estudos de Mireille Delmas-Marty em subterfúgio para aplicar o controle de convencionalidade apenas quando interessar ao Estado.

Em direito internacional, a margem de apreciação determina a liberdade que o Estado detém quando da transposição da norma no ordenamento jurídico interno, que vem sido desenvolvida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (CEDH), conferindo a possibilidade de interpretações diversas das normas da Convenção Europeia de Direitos Humanos pelos Estados em atenção aos seus próprios valores culturais e históricos.

A margem de apreciação do receptor da norma é um mecanismo que admite que o pluralismo integre os espaços normativos, preservando as diferenças e prestigiando os direitos

¹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral de Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, 46, n. 181, jan/mar. 2009, p. 128.





humanos, com a finalidade de conjugar o universalismo dos direitos do homem com o relativismo das tradições nacionais.

O cerne da questão é a falta de critério para aplicação desta doutrina, que pode incidir de acordo com a intenção do Estado, se quer ou não a uniformidade num caso em concreto, possibilitando um mau uso da margem nacional de apreciação, servindo até mesmo com caráter neutralizador da discussão acerca de valores sociais.¹⁷

O controle de convencionalidade está em fase de implementação, e sem dúvida, constitui um passo em direção aos processos de instituição de um pluralismo ordenado para a construção de um direito comum, mas há que ser instituído de forma a não tornar a margem nacional de apreciação em escudo para incidir somente quando for de interesse do Estado-parte, o que demanda, desde já, um plano ordenado e efetivo para sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso porque a margem nacional deve existir para privilegiar as diferenças regionais, mas não para servir de subterfúgios ao Estado que não deseja determinada resolução judicial sobre os direitos humanos em pauta, assentindo ao controle de convencionalidade somente quando lhe convém, afinal, este tem seu norte nos direitos humanos reconhecidos universalmente e servem à proteção do ser humano independentemente de sua nacionalidade.

5 CONCLUSÕES

A alteração do panorama dos sistemas jurídicos, iniciada com a globalização, é irrefutável diante da profusão de fontes jurídicas, especialmente da crescente ordem jurídica internacional, da privatização do poder normativo e da temporalidade de determinadas legislações, o que rechaça a aplicabilidade da pirâmide normativa de Kelsen, na qual havia certa estabilidade hierárquica e temporal das normas.

Há que se percorrer outros caminhos que levem a uma certa estabilidade normativa, com atenção aos direitos humanos proclamados universalmente em Tratados e Convenções Internacionais, como ponto de partida da interpretação das normas locais, sem infirmar a soberania estatal e com respeito à diversidade regional cultural de cada País.

¹⁷ DINIZ, Gizela Fátima Cavalcante. Cultura e Internacionalização dos Direitos. Da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 49, n. 196, out/dez 2012, pp. 133-147.





A proposição da criação de um direito comum, pautado num pluralismo ordenado, pelos processos de coordenação, harmonização e hibridação, de Mireille Delmas-Marty, combinado com a teoria do Estado Constitucional Cooperativo de Peter Haberle, embora enfrente barreiras para a sua concreção, pode ser a resposta para que o Direito Interno e o Direito Internacional de proteção aos direitos humanos abram o diálogo entre si.

O controle de convencionalidade é um passo inicial de coordenação, harmonização entre os mencionados sistemas, como também da efetivação de um Estado Constitucional Cooperativista, pois se destina a examinar a convencionalidade das leis diante de direitos humanos reconhecidos em Tratados e Convenções Internacionais ratificado e em vigor no Brasil.

Entretanto, em fase de implementação, há que se ter o cuidado de não se conferir margem nacional de apreciação de forma exarcebada e tornar este instrumento aplicável somente quando corresponder aos interesses do Estado-parte, sendo necessário o estabelecimento de regras de aplicabilidade estanques que não confira margem excessiva de apreciação sobre sua incidência, sob pena de tornar instrumento tão importante em conveniência estatal.

REFERÊNCIAS

BELTRAME, Adriana; SILVA, René Marc da Costa. A cooperação jurídica e a internacionalização do direito como instrumentos de ligação entre o local e o global no sistema mundo atual. *Padê- UNICEUB*. Volume 2, n.º 2. Brasília: jul/dez. 2008. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/pade/article/view/584>. Acesso em: 04 nov. 2020.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Trad. por Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Legal Pluralism as a Dynamic Process in a Moving World*. Fev/2018. Disponível em: <http://jamesgstewart.com/legal-pluralism-as-a-dynamic-process-in-a-moving-world/>. Acesso em: 05 nov. 2020.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; MARTINS, Evilhane Jum. As disparidades regionais frente à construção de um direito comum em âmbito global: o caso da América Latina. *Revista Brasileira de Direito Internacional*. Brasília: v. 3, n.1, pp. 36-53. jan/jun 2017.

DINIZ, Gizela Fátima Cavalcante. Cultura e Internacionalização dos Direitos. Da margem nacional de apreciação ao transcivilizacionismo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 49, n. 196, out/dez 2012, pp. 133-147.





FERREIRA, Siddharta Legale. Internacionalização do Direito: Reflexões Críticas sobre seus Fundamentos Teóricos. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, pgs.109-142, agosto 2013.

GONTIJO, André Pires. Entre o Tempo & o Espaço: Convergências e Divergências entre os Estudos Jurídicos Comparativos e o Método Comparativo no Aperfeiçoamento do Direito. *Anais do XVIII CONPEDI em Maringá/PR*, 2009. p. 4687-4717. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/quemsomos/eventos>. Acesso em 04 nov. 2020.

HABERLE, PETER. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

MARINHO, Maria Edelvacy Pinto. Processo de Internacionalização dos Direitos: A Criação de um Direito Comum. *Revista do Curso de Mestrado Direito da UFC*. v. 2, 2010. pp. 137-149.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria Geral de Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, 46, n. 181, jan/mar. 2009, pp. 113-139.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin; PIUCCO, Micheli. O Estado Constitucional Cooperativo de Peter Haberle e a Teoria do Controle de Convencionalidade das Leis como um Modelos de Efetivação do Direito Internacional Cooperativo e Comum. *Revista Jurídica Cesumar*. v. 19, n. 2, maio/agosto 2019, pp. 359-375.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos interjurisdicionais: um problema de cooperação ou de concorrência?* Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/30/dialogos-interjurisdicionais-um-problema-de-cooperacao-ou-de-concorrencia>. Acesso em 04 nov. 2020.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo submetido ao *double-blind review*.

Recebido em: 23/05/2022.

Aceito em: 08/03/2023.

