

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A PROTEÇÃO EFETIVA AOS DIREITOS HUMANOS

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY AND THE EFFECTIVE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Luciani Coimbra de Carvalho*

Geraldo Furtado de Araújo Neto**

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar o pluralismo jurídico e sua relação com a salvaguarda de Direitos Humanos. Serão abordados os temas da superação da antiga noção do Estado de Direito e sua soberania, a pluralidade de ordens normativas e a salvaguarda desses direitos por meio do controle de convencionalidade, com aplicação do princípio *pro persona*. A principal relevância do presente artigo é contribuir com a comunidade jurídica para a cristalização de uma ideia de pluralismo jurídico como efetiva proteção aos Direitos Humanos. Será usado o método dedutivo/indutivo, por meio da pesquisa bibliográfica e histórica.

Palavras-chaves: Pluralismo Jurídico. Controle de Convencionalidade. Princípio *Pro Persona*.

Abstract: This text has the goal to analyze the legal pluralism and its relationship with the protection of Human Rights. It will be approached the overcome of the old notion of Rule of Law and its sovereignty, the plurality of normative orders and the protection of this rights through the control of conventionality, with application of *pro persona* principle. The main relevance of this text is contribute to legal community to crystallize an idea of legal pluralism as effective protection to the Human Rights. It will use the deductive/inductive method, through de bibliografic and historic research

Keywords: Legal Pluralism. Control of Conventionality. *Pro Homine* Principle

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, será analisado o Pluralismo Jurídico e como esse novo paradigma traz a ideia de superação da antiga noção de Estado Soberano e seus tradicionais pilares: soberania, território e povo.

Com a mudança da realidade global, cada vez mais interligada, vemos um cenário em que o exercício do poder público se desloca para além do Estado, por meio da cooperação política e jurídica dos países, fazendo com que coexistam múltiplos ordenamentos jurídicos de proteção aos direitos humanos.

* Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS e do DINTER USP/UFMS, Campo Grande-MS, Brasil. Email: lucianicoimbra@hotmail.com

** Mestrando em Direitos Humanos na Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande-MS, Brasil. Email: gneto@trt24.jus.br

Nesse contexto de pluralismo jurídico, investigaremos a necessidade de realização de um diálogo por parte dos juízes para a consecução dos direitos humanos e se há possibilidade de outros agentes públicos realizá-lo.

Buscaremos compreender, ainda, o princípio *pro persona*, segundo o qual, entre as diversas normas a serem aplicadas, deverá o intérprete escolher aquela que melhor otimiza os Direitos Humanos e como esse princípio pode ser usado no controle de convencionalidade.

Este trabalho tem relevância à comunidade jurídica, pois aborda a relação entre o Estado de Direito e o pluralismo jurídico. Além disso, investiga a existência de um critério justo de escolha de normas em um sistema pluralístico, por meio do controle de convencionalidade.

2 A SUPERAÇÃO DO ESTADO NACIONAL E O PLURALISMO JURÍDICO COMO UM DOS RESULTADOS DA COOPERAÇÃO ENTRE OS PAÍSES

Remonta do século XVI a idéia de Estado nacional, baseado na idéia de Jean Bodin, cujos pilares estariam na ideia de soberania, território e povo.

Entretanto, com o fim das duas guerras mundiais, o fenômeno da globalização e a circulação, cada vez mais intensa, de pessoas, bens e serviços, verificou-se que a cooperação entre os Estados é imprescindível (CANEPARO, 2016, p. 49), a fim de enfrentar os desafios modernos.

A antiga noção de povo, baseada no critério de identidade nacional de determinadas pessoas com a mesma etnia, religião e costumes, tem sido alargada em virtude da abertura de fronteiras. Atualmente, prefere-se a expressão “cidadão” a “povo”, tendo em vista que a sociedade do século XXI está organizada em estruturas demasiadamente mais complexas que antigamente (FERNANDES e SILVEIRA, 2016, p. 03).

A soberania, da mesma maneira, não pode ser vista como antes, uma vez que deve ser conjugada com valores como solidariedade e cooperação (FERNANDES e SILVEIRA, 2016, p. 03). Não é viável a um Estado, em contexto de sociedade internacional, globalização e avanços tecnológicos (que possibilitam as conexões entre pessoas do mundo inteiro em frações de segundos), a adoção de medidas individualistas, não pensando no coletivo (CANEPARO, 2016, p. 50).

Ante as transformações da realidade global, cada vez mais interligada, vemos um cenário em que o exercício do poder público se desloca para além do Estado. A distinção entre o que é nacional e internacional é cada vez mais difícil e cinzenta (PÉREZ, 2011, p. 01).

Ocorre que, antigamente, a cooperação dos Estados se dava a fim de evitar conflitos; depois, em um segundo momento, passou-se a buscar a paz e sua manutenção definitiva; hoje em dia, mais do que isso, visa-se ao desenvolvimento, tanto no campo dos povos quanto do Estado (CANEPARO, 2016, p. 50).

Na Europa, o processo de cooperação refletiu uma dupla transformação, isto é, intensificou a integração e impactou a constituição nacional. Além disso, a União Europeia vem experimentando um processo de constitucionalização dos Direitos Humanos, ainda que não exista um documento supranacional (PÉREZ, 2011, p. 10).

A Europa ocidental e seus países necessitam de limites importantes para conter o exercício do poder e tem construído com criatividade e paciência seu direito comunitário e suas respectivas instituições de apoio e controle (FIGUEIREDO, 2013, p. 147).

No Estado Americano não é diferente. O processo de humanização experimentado pelo Direito Internacional e as recentes transformações constitucionais nos países da região deram azo à integração no campo dos Direitos Humanos (ALVARADO, 2015, p. 255).

Primeiro, os países criaram, por meio de suas próprias Constituições, seus direitos básicos; depois reconhecem o papel dos juízes na proteção desses direitos; por fim, ressaltam a interação dos sistemas para aperfeiçoar a tutela dos Direitos Humanos. (ALVARADO, 2015, p. 256).

Vale registrar que não há que se falar no fim do Estado Nacional, vez que, como unidade territorial, continua existindo e impõe seu ordenamento jurídico aos cidadãos que lá residem. Por outro lado, existe uma pré-disposição ao Estado que agrega e coopera com outros em busca de soluções globais, não existindo mais a visão do Estado Nacional centrado na soberania nacional (MALISKA, 2007, p. 7020). Ou, ainda, pugna-se por uma atualização desse modelo estatal, disposto a melhor atender as reivindicações da realidade que se validam nos anseios sociais (CANEPARO, 2015, p. 55). A soberania, agora, é compartilhada.

A nossa Constituição Republicana de 1988 deixou clara a posição do legislador constituinte. O artigo 4^o¹ afirma a intenção de colocar o país em novo patamar no cenário

¹ Art. 4^o A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I - independência nacional;
II - prevalência dos direitos humanos;
III - autodeterminação dos povos;

internacional, em consonância com a globalização e a necessidade de solucionar os problemas que afetam a todos no mundo.

Feita a cooperação, evidencia-se a existência de múltiplos ordenamentos jurídicos, de âmbito internacional e nacional, que regem determinada matéria.

As duas teorias tradicionais que explicam(vam) o processo de relacionamento entre as ordens internacionais e nacionais eram a monista e a dualista e será explicado brevemente os conceitos, pois, ainda que não sejam o foco deste trabalho, são necessários para se verificar a necessidade de sua superação.

Para o monismo, há um sistema normativo único, com tantos subsistemas quanto os Estados existentes na comunidade internacional (QUEIROZ, 2009, p. 120). Em caso de conflitos de normas, haveria uma primazia de determinada ordem sobre a outra, o que poderia variar de cada corrente: internacionalista, que deixa certa a prevalência do direito internacional; e nacionalista, que afirma pela prevalência do direito interno (PEREIRA, 1993, p. 82-84).

Já o dualismo se caracteriza pela existência de dois sistemas que são mutuamente excludentes, sendo que os compromissos assumidos por um Estado não geram efeitos automáticos na ordem jurídica interna, devendo haver, para essa assimilação, uma recepção explícita do legislador, caso em que não haveria que se falar em conflito entre a norma interna e a internacional, mas sim em conflito entre duas disposições nacionais (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p. 05).

Todavia, o monismo perdeu sua utilidade. As palavras de Von Bogdandy (2012, p. 23), de que essa teoria é uma “noção moribunda” e que “deveria descansar em paz”, são duras. Os argumentos dessas teorias são herméticos e suas teses centrais pouco desenvolvidas, com pontos de vistas opostos ilógicos e seus argumentos não se vinculam ao debate contemporâneo (BOGDANDY, 2012, p. 23).

Por outro lado, o dualismo também não é suficiente para responder a essas questões globais, tendo em vista que dependeria da boa vontade estatal para a incorporação de normas mais efetivas.

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Assim, esses sistemas devem ser substituídos pelo pluralismo jurídico, que é o sistema capaz de explicar, no âmbito jurídico, o vínculo entre as Constituições Nacionais e os fenômenos internacionais. Em vez de uma pirâmide, deveríamos pensar em um “acoplamento” de normas (BOGDANDY, 2012, p. 23), fugindo-se do pensamento cartesiano.

Registre-se que, hodiernamente, não se pode ver o Direito Internacional como estanque, desvinculado do Direito Constitucional de cada Estado. O que se vê, na verdade, é uma imbricação de ambos, na busca da consecução de objetivos afins, havendo uma constitucionalização do direito internacional e uma internacionalização dos direitos fundamentais, fato levantado por Aida Torres Pérez (2011, p. 01).

A partir do processo de globalização, no final do século XX e início do século XXI, o fenômeno do pluralismo jurídico ganha importância, em virtude do fortalecimento do Direito Internacional como meio de regência das condutas humanas (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p. 10).

Herdegen observou isso ao dizer que os princípios internacionais, atualmente, influenciam a ordem constitucional interna dos países e que a Lei Constitucional se apresenta como sujeito ativo que se abre ao exterior e se acopla com os princípios de direito internacional. O autor também observa um esforço dos Tribunais dos Estados em interpretar a legislação de acordo com as Cortes Internacionais (HERDEGEN, 2010, p. 74).

O modelo pluralista aqui defendido se caracteriza pela ausência da fonte última do Direito, em uma visão kelseniana. Logo, as normas não precisam tirar validade de uma norma superior.

Também não é o caso de atribuir ao órgão supranacional a prevalência na produção de normas. Isso porque os Estados Nacionais ainda não estão preparados para ceder sua soberania e tal fato poderia gerar instabilidade e tensão (PEREZ, 2011, p. 16). Por isso, seria o compartilhamento da legislação o melhor modo de superar as dificuldades em comum dos Estados, principalmente em temas que precisam de maior esforço, como os direitos humanos.

Assim, não se fala em desaparecimento ou substituição da vontade dos Estados, pelo contrário, serão os próprios Estados que dirigirão o processo deste novo paradigma, por meio de seu Poder Executivo.

Ademais, o modelo pluralista, além de oferecer uma explicação mais adequada da realidade, também contribui para a legitimidade das decisões tomadas em âmbito supranacional, na perspectiva de um equilíbrio institucional (*check and balances*) (PEREZ, 2011, p. 25). Para Aida Pérez, a maior virtude do pluralismo é justamente esse equilíbrio,

porquanto diversos Estados participam da criação legislativa e se limitam mutuamente, não havendo autoridade última (2011, p. 18).

Nesse sentido, ainda, é Ângela Calixto e Luciani Coimbra de Carvalho

O pluralismo jurídico, dessa forma, oferece um melhor marco conceitual para a análise dos problemas e para a formulação de propostas, diferente da reclamação da autoridade última do Estado ou da sua reconstrução a nível supranacional. Referido conceito prescreve a necessidade de análise dos diversos dispositivos normativos existentes, sejam esses nacionais ou internacionais, para, a partir do estabelecimento de um diálogo, buscar a norma ou interpretação do direito que melhor garanta a efetividade dos Direitos Humanos. (2017, p. 14)

Logo, baseado nesse diálogo entre fontes (nacionais e internacionais) é que o pluralismo jurídico vem a ser a melhor opção para a reafirmação dos direitos humanos, ora possibilitando a aproximação de ordens jurídicas diversas, para além do sistema de hierarquias, ora com a criação de “pontes de transição” por meio do diálogo e conciliação das fontes.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO JURÍDICO A SER USADO PELAS AUTORIDADES ESTATAIS

Em um ambiente plural, em que há vários ordenamentos jurídicos, nacionais e internacionais, que podem reger a mesma matéria, deverá haver um controle por parte do julgador sobre qual norma prevalecer. Isso é o que se chama de controle de convencionalidade.

Há mecanismo judiciais aptos a tornar mais homogênea e organizada a aplicação das normas jurídicas, a partir da Constituição, de modo a afetar a validade e a eficácia dessas normas. O paradigma desse controle se consubstancia na lógica da hierarquia, a partir de um sistema ordenado desde a Constituição. O descompasso com essa relação de supra e infra ordenação pode nos levar à inconstitucionalidade da norma (CONCI, 2013, p. 08).

Tanto a jurisdição constitucional quanto a convencional têm por função analisar a validade de atos com relação a outros.

No entanto, para o controle de convencionalidade, a relação de validade se estabelece a partir de um critério material, de maior proteção, sendo a declaração de inconvencionalidade possível somente quando a proteção derivada do direito internacional dos direitos humanos seja mais efetiva ou estabeleça restrições menos profundas aos direitos humanos atingidos

pelo ato interno. Outra diferença diz respeito ao fluxo normativo, que no controle de convencionalidade se dá a partir do direito internacional (CONCI, 2013, p. 10).

O que difere o controle de convencionalidade do controle de constitucionalidade é exatamente o paradigma de controle. Se a partir da Constituição ou de outra norma nacional, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos em sede nacional, não se está a falar em controle de convencionalidade, visto que se parte do critério hierárquico, baseado no pressuposto de supra ou infra ordenação do ordenamento jurídico nacional (CONCI, 2013, p. 17).

Para a declaração de inconveniência, não importa o respeito ao procedimento do artigo 5º, §3º, da CF. Isso porque a condição para a sua ocorrência é a existência de um fluxo normativo entre normas internas e internacionais, ou seja, é mediante a ratificação do tratado internacional que se dá início ao processo de relacionamento entre o direito interno e o direito internacional.

A questão da hierarquia é desimportante para o controle de convencionalidade, pois decorrente de uma análise estrutural do ordenamento jurídico interno. Verificada a contrariedade entre o tratado e os atos internos, deve-se passar para o segundo passo, qual seja, a análise da inconveniência, que diz respeito a saber quais dos instrumentos normativos, internos ou internacionais, são mais protetivos aos direitos humanos envolvidos. Assim, os critérios que se impõem como estruturantes do controle de convencionalidade não são de ordem formal. São, sim, de ordem material, de conteúdo (CONCI, 2013, p. 17), com base no princípio *pro persona*, o que será visto no próximo capítulo.

O controle de convencionalidade é a expressão da recepção nacional, sistemática e organizada da ordem jurídica convencional internacional. Esse controle se constitui como garantia do Estado de Direito. Para Ramirez, a doutrina do controle de convencionalidade, bem instrumentado, pode servir como ferramenta para assegurar a ordem jurídica internacional dos direitos humanos (2011, p. 127).

Vale frisar que o controle interno de convencionalidade se dá quando autoridades domésticas fazem esse cotejo entre as normas internas e os tratados internacionais sobre direitos humanos. Desse controle podem surgir consequências, como a declaração de invalidade da norma ou a sua convalidação. Assim, o processo de confrontação entre as normas internacionais e nacionais pode ser realizado tanto por autoridades judiciais quanto por outras autoridades administrativas (RAMIREZ, 2011, p. 127).

Nesse sentido é Conci, para quem não somente juízes, mas todas as autoridades públicas devem realizar o controle de convencionalidade, como agentes públicos, legisladores, o Presidente da República, entre outros (CONCI, 2014, p. 07).

Ressalte-se que o controle de convencionalidade é mais que exercício potestativo. Não é questão de poder, mas de dever. Logo, as autoridades domésticas devem fazer o controle de ofício, principalmente quanto ao Judiciário, diante do princípio *jura novit curia* (RAMIREZ, 2011, p. 139-140). No mesmo sentido é Conci (2014, p. 07).

Salazar também avalia positivamente a possibilidade de controle de convencionalidade por todos os agentes públicos, ao dizer que

la llamada doctrina del “control de convencionalidad”(24) que se puede conceptualizar como aquella obligación que tiene toda autoridad estatal, en el marco de sus funciones, de evaluar la conformidad de la normativa nacional, que aplican en los casos concretos, con los estándares establecidos en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH. Es decir, contrastar la conformidad del derecho interno con el derecho regional de los derechos humanos (2016, p.71).

O direito internacional dos direitos humanos deve ser conhecido dos juízes nacionais e de todas as autoridades que devem garantir os direitos humanos. Isso não significa que o julgador doméstico deva aplicar diretamente essas expressões do direito internacional, mas essas lhe servem para estabelecer o alcance da proteção e fixar o marco do controle de convencionalidade (RAMIREZ, 2011, p. 134).

Além das convenções e tratados, são fontes as declarações, estatutos e regulamentos, opiniões consultivas, sentenças, outras resoluções jurisdicionais, recomendações, informes, princípios, relatorias, conclusões de encontros internacionais e assim sucessivamente (RAMIREZ, 2011, p. 134).

Contudo, o âmbito internacional, como o interamericano, tem natureza coadjuvante ou complementar dos ordenamentos nacionais. Assim, espera-se, primeiramente, que o Estado resolva internamente uma questão envolvendo direitos humanos. Segundo o ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Sérgio García Ramírez, a grande batalha dos direitos humanos se ganha no âmbito interno, por isso que é coadjuvante ou complementar a aplicação da lei internacional (BAZAN, 2015, p. 35-36).

Quanto ao momento em que pode ser exercido, temos que o controle pode ser feito a partir da ratificação pelo Congresso, não havendo necessidade de depósito e da promulgação de decreto presidencial. Para Conci, é ilógico que internacionalmente o Estado já esteja sendo obrigado, mas internamente não valha a lei internacional (2014, p. 08).

O controle de convencionalidade se estabelece, diferentemente do controle de constitucionalidade, a partir de um fluxo de normatividade que deriva do direito internacional dos direitos humanos, e não do direito nacional. Sendo assim, a produção de efeitos jurídicos pelo tratado internacional de direitos humanos em sede internacional já basta para que possam todas as autoridades, nacionais ou internacionais, exercerem o controle de convencionalidade (CONCI, 2014, p. 08).

O controle de convencionalidade, ainda, exige que se dê um maior diálogo entre as cortes nacionais e internacionais, de modo a uniformizar a rede de proteção dos direitos humanos (CONCI, 2014, p. 04).

Logo, as diversas legislações sobre Direitos Humanos e os diálogos entre as Cortes sobre essas normas de proteção configuram o que se chama de rede.

Entende-se por rede aquele conjunto de ferramentas, instituições ou pessoas relacionadas ou organizadas, formal ou informalmente, para a consecução de um determinado fim ou objetivo comum.

No caso da proteção dos Direitos Humanos, essa rede pode ser caracterizada como uma rede multinível e constitucional. Essa rede é articulada em vários níveis entre os quais não há uma relação de hierarquia, por meio do qual se exercem funções constitucionais e cujo objetivo principal é a harmonização dos ordenamentos jurídicos para assegurar a proteção efetiva dos indivíduos (ALVARADO, 2015, p. 268-269).

No âmbito americano, existem normas que permitem a interação judicial e os juízes, bem como as demais autoridades estatais, também são chamados a considerar a jurisprudência interamericana em virtude das ordens vinculantes dadas pelos juízes interamericanos em um caso específico (ALVARADO, 2015, p. 257-258)

O controle de convencionalidade, feito com seriedade, competência e acerto, favorece e fertiliza o diálogo jurisprudencial interno e internacional e, por conseguinte, toda a rede de proteção. Contribui a erigir, detalhar, enriquecer e impulsar a cultura jurídica comum, conforme o projeto favorecedor do ser humano e condutor do poder público (RAMIREZ, 2011, p. 129).

Aliás, Bazan, ao falar do sistema interamericano, deixa claro que o controle de convencionalidade somente será efetivo e justo se os juízes nacionais o fizerem com base nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e com os pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, devendo haver uma articulação e cooperação

entre os tribunais internos e a Corte regional, em um verdadeiro diálogo judicial (BAZAN, 2015, p. 37).

Nas palavras de Conci, citando o diálogo regional americano

Assim, é dever dos juízes nacionais respeitarem, não somente os tratados internacionais de direitos humanos, mas, também, e para além desse dever, estarem atentos aos precedentes criados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do momento em que esses Estados nacionais aderiram aos procedimentos e aceitaram a jurisdição da Corte IDH. (2014, p. 07)

Portanto, o controle de convencionalidade está inserido na rede de proteção dos direitos humanos, devendo ser exercido pelas Cortes, nacionais ou internacionais, até mesmo por outros agentes públicos no exercício do seu mister, tendo como função precípua a proteção dos direitos humanos, pois, por meio desse controle, será aplicada a norma que maior protege um Direito Humanos, independentemente da hierarquia, como se verá a seguir.

4 PRINCÍPIO *PRO PERSONA* COMO MEDIDA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Se a garantia dos direitos humanos é uma das missões do Estado de Direito, poderíamos deduzir que, em caso de conflito, deve prevalecer a norma que melhor protege o direito humano.

Isso se depreende do disposto nos artigos 4º, inciso II e 5º, § 2º, da Constituição da República Brasileira de 1988²; 29.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos³; 29 e 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴ e 5º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁵.

² Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

II - prevalência dos direitos humanos;”

“Art. 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.

³ “No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.”

⁴ “Artigo 29. Normas de interpretação

nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

Henderson informa outras normas de Direito Internacional que possibilitam a aplicação do princípio. É o caso do artigo 31 da Convenção de Viena, segundo o qual um Tratado deve ser interpretado de boa-fé e conforme o objetivo e finalidade da norma. Segundo o professor, os Tratados sobre Direitos Humanos têm como objetivo e fim conferir direitos aos indivíduos frente ao Estado e não regular as relações entre os Estados, como acontece nos “direitos das gentes” (2004, p. 88), motivo pelo qual é imperativa a aplicação do princípio *pro homine* em casos envolvendo Direitos Humanos.

O autor ainda cita, como fonte de onde se extrai o princípio, o artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, o artigo 41 da Convenção Sobre os Direitos das Crianças e artigo 1.2 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis (2004, p. 90).

O princípio foi conceituado, pela primeira vez, pelo Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos (URQUIAGA, 2013, p. 17), Juiz Rodolfo E. Piza, para quem

[Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio pro persona] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción⁶

Nesse contexto, nos parece que a correta forma de interpretação das normas é aplicar o princípio *pro persona* ou *pro homine*, pelo qual, em um determinado caso concreto, o intérprete deve escolher a norma, independentemente de sua hierarquia ou fonte de produção, que contenha proteções maiores ou mais favoráveis ao indivíduo ou vítima em relação a seus direitos (2004, p. 93). Nesse sentido é Henderson:

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Artigo 30. Alcance das restrições

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.”

⁵“1. Nenhuma disposição do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”

⁶ Opinião Consultiva oc-7/86, de 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, p. 36 apud URQUIAGA, Ximena Medellin. *Principio pro persona*. Reforma DH: Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos. México: Nações Unidas. 1ª Edição, 2013, p. 17

De la lectura de estos instrumentos internacionales resulta evidente que el objetivo primordial es reconocer derechos al ser humano, por lo que la interpretación debe hacerse a favor del individuo, o en otras palabras, debe hacerse aquella que mejor proteja al individuo o la víctima de una violación a sus derechos humanos. Este principio de interpretación pro homine, debe ser inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de la aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos (2004, p. 91).

De modo similar ao que acontece com outras searas do Direito (como no caso do Direito do Trabalho, com o princípio *pro operario*), exsurge como máxima nos casos de conflitos entre direitos humanos a regra da norma mais favorável à efetiva proteção de um direito humano (HENDERSON, 2004, p. 93).

Assim, a tradicional hierarquia das normas cede espaço a uma estrutura mais flexível, onde a rigidez e a cientificidade do Direito perdem importância em relação à norma mais protetiva.

Esse princípio impõe a recorrer de interpretações que privilegiam o ser humano, de modo que, além de prevalecer as normas que ampliam direitos, em detrimentos daquelas que restringem, as regras específicas mais protetivas devem se sobrepor às regras genéricas (PINTO, 1997, p. 164). Seria possível a aplicação, ainda, de normas de uma comunidade ou povo, desde que essas fossem mais benéficas ao ser humano, quando comparadas às normas estatais (PINTO, 1997, p. 165).

Em tema de controle de convencionalidade, o princípio *pro persona* impõe-se, pois se vive um momento em que se reforça o argumento da necessidade de se entender de forma aprofundada, caso a caso, qual a norma mais protetiva ao indivíduo, se a nacional ou a internacional, devendo prevalecer aquela que for mais expansiva, independentemente do *status* hierárquico interno que adquirem tratados internacionais de direitos humanos (CONCI, 2014, p. 09).

Segundo Conci

O inter-relacionamento entre normas nacionais e interamericanas se dá mediante uma análise prevalentemente substancial, é dizer, a norma de direitos humanos mais favorável (mais protética ou menos restritiva) ao indivíduo deve prevalecer, de modo que se dê primazia à dignidade da pessoa humana (2014, p.06).

O princípio *pro persona* exige que se interpretem os direitos humanos de modo mais extensivo, quando a se falar em proteção, participação ou provisão, e, de outro lado, de modo mais restritivo, quando se trate de eventuais restrições a direitos (CONCI, 2014, p. 09).

Como consequência dessa escolha, deverá o julgador (Juiz ou qualquer outra autoridade estatal, como defendemos), declarar inconvenção a norma que, além de ser contrária ao direito internacional, garante menos proteção à vítima (CONCI, 2014, p. 04)

Assim, para o princípio *pro homine*, inserido no contexto do pluralismo jurídico, resta ao intérprete escolher a norma e interpretá-la da maneira que melhor satisfaça um Direito Humano, não importando sua hierarquia ou fonte de produção, tendo em vista a primazia do ser humano no contexto internacional.

5 CONCLUSÃO

A velha noção de Estado Soberano vem sendo superada e vê-se uma abertura ao Direito Internacional como sede ideal para a discussão de problemas que afetam não somente um único Estado.

Como consequência desse novo modelo de Estado, temos o pluralismo jurídico, no qual coexistem diversos ordenamentos jurídicos, que não se excluem, mas compartilham normas na solução dos problemas globais.

O pluralismo jurídico é a superação do modelo monista/dualista, o qual, como se viu, é insuficiente para a resposta efetiva dos atuais problemas, uma vez que o primeiro pode criar tensão entre os Estados e o segundo depende da boa vontade estatal para a incorporação das normas de Direito Internacional.

Na solução de conflitos entre normas, tem-se o controle de convencionalidade, por meio do qual há uma verificação de compatibilidade entre a norma nacional e internacional. Nesse sistema, não há falar em hierarquia, pois no controle de convencionalidade, a relação de validade se estabelece a partir de um critério material, de maior proteção, sendo a declaração de inconvenção possível somente quando a proteção derivada do direito internacional dos direitos humanos seja mais efetiva ou estabeleça restrições menos profundas aos direitos humanos atingidos pelo ato interno..

Nesse contexto, e diante da intenção internacional de promoção do ser humano, como se vê na Constituição Federal da República Brasileira, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, exsurge o princípio *pro persona*.

Segundo tal princípio, na interpretação e escolha da norma, diante da diversidade de diplomas legais, nacionais ou internacionais, deverá o intérprete pautar-se por aquela norma que melhor otimize e satisfaça um Direito Humano.

Logo, chega-se à conclusão que, nesse novo panorama mundial, o pluralismo jurídico é um resultado inexorável, sendo que para a promoção dos direitos humanos é necessário realizar o devido controle de convencionalidade, por parte de qualquer autoridade estatal em seu mister, partindo-se do pressuposto da norma que melhor protege o cidadão, independentemente de hierarquia e da fonte de produção da norma.

6 REFERÊNCIAS

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In.: MEZZETTI, Luca e CONCI, Luiz Guilherme Arcaro, **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2015

BAZAN, Victor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, Nº. 19, 2015, págs. 25-70

CALIXTO, Angela Jank. ; CARVALHO, Luciani Coimbra de . Pluralismo Jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno. In: FIGUEIREDO. M. CONCI, L.G.A.. (Org.). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, p. 3-24.

CANEPARO, Priscila. A Importância do Estado Constitucional Cooperativo - Delimitações a Partir da Cooperação, Direito Constitucional e Direito Internacional. **Revista de Direito Brasileira**, v. 15, 2016

CONCI. Controle de convencionalidade e o Diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes? Por uma abertura crítica do Direito brasileiro ao Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado. (Org.). **Reflexões sobre a Constituição – Uma homenagem da advocacia brasileira**. 1ed. Brasília: Leya, 2013, v. 1, p. 200-230.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O Controle de Convencionalidade como parte de um Constitucionalismo Transnacional fundado na pessoa humana. **Revista de Processo**, v. 232, p. 363, 2014.

FERNANDES, Ana Carolina Souza; SILVEIRA, Vladmir Oliveira. A Crise de Refugiados na União Europeia e a Proteção dos Direitos Humanos sob a Perspectiva do Estado Constitucional Cooperativo. In: Graziela Iensue; Luciani Coimbra de Carvalho. (Org.). **Migração, Direitos Humanos e Cooperação Jurídica Internacional**. 1ed.: , 2016, v. 1

FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In.: BOGDANDY, Armin Von, PIOVESAN, FLAVIA e ANTONIAZZI, Mariela. **Estudos avançados de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 143-177.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno; la importancia del principio pro homine, **Revista IIDH**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, no. 39. San José, 2004

HERDEGEN, Matthias. La Internacionalización del Orden Constitucional. In.: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 16º año, 2010

MALISKA, Marcos Augusto. XVI Congresso Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. **A Cooperação Internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo**. 2007

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993

PEREZ, Aida Torres. En Defensa Del Pluralismo Constitucional. In: J.I UGARTEMENDIA y G. JAUREGUI (Eds), **Derecho Constitucional Europeo**, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

PINTO, Monica. El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para La regulación de lós derechos humanos. In: **La aplicación de lós tratados de derechos humanos por lós tribunales locales**: Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales- Editorial del Puerto, 1997

QUEIROZ, Cristina. **Direito Internacional e Relações Internacionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SALAZAR, Elard R. Bolaños. ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso em sede administrativa?. *Administración Pública & Control*. 2016/03/31. Disponible em https://www.researchgate.net/publication/300007070_Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibicion_del_control_difuso_en_sede_administrativa

URQUIAGA, Ximena Medellin. **Principio pro persona. Reforma DH: Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos**. México: Nações Unidas. 1ª Edição, 2013

VON BOGDANDY, Armin. Del Paradigma de la Soberania Al Paradigma del Pluralismo Normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el Derecho Internacional y los Ordenamientos Jurídicos Nacionales. In.: CLERICO, Laura. **Internacionalizacion del Derecho Constitucional, Constitucionalizacion del Derecho Internacional**. Buenos Aires: Eudeba, 2012.

Recebimento em: 05/11/2018.

Aprovação em: 19/12/2018.