

JEIBSON DOS SANTOS JUSTINIANO

CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE

reação convencional ao efeito **Backlash**



O texto apresentado é uma síntese de uma tese de Doutorado em Direito, orientada pela Professora Doutora Livia Mendes Miraglia, que investiga o papel do controle de convencionalidade na proteção dos direitos humanos e fundamentais, tanto no âmbito internacional quanto interno. A pesquisa destaca que os tratados internacionais de direitos humanos desempenham um papel transformador ao criar barreiras contra movimentos de erosão constitucional e retrocessos no Estado Democrático de Direito.

O controle de convencionalidade exige dos Estados o cumprimento de obrigações assumidas internacionalmente, funcionando como um limite ético-jurídico contra políticas legislativas que visam reduzir a proteção de direitos fundamentais. O fenômeno do backlash legislativo, caracterizado pela reação normativa ao controle judicial com o objetivo de enfraquecer direitos, é analisado como um desafio, exemplificado pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que promoveu um retrocesso em direitos sociais trabalhistas.

A tese defende a necessidade de diálogos institucionais e jurisdicionais para fortalecer o sistema de proteção aos direitos humanos e fundamentais. Esses diálogos permitem a interação entre instâncias nacionais e internacionais, como o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, contribuindo para a expansão e o aperfeiçoamento do controle de convencionalidade. A pesquisa também propõe inovações no controle abstrato de convencionalidade e ressalta o impacto da jurisdição da Corte Interamericana na construção de um Estado Constitucional Cooperativo.

Metodologicamente, a pesquisa adotou uma abordagem qualitativa, embasada nos marcos teóricos de Dworkin, Coutinho, Azevedo Neto e Mazzuoli, além de analisar leading cases relevantes. Conclui-se que os direitos humanos previstos em normas internacionais são pilares éticos essenciais para a afirmação do Estado Constitucional Cooperativo e para a proteção contínua dos direitos fundamentais.

ISBN 978-65-6006-148-4



9 786560 061484 >

CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE

reação convencional ao efeito **Backlash**

Editora: Expert Editora

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
CBL - Câmara Brasileira do Livro, São Paulo, Brasil.

JUSTINIANO, Jeibson dos Santos

Controle abstrato de convencionalidade no Brasil: fundamentos e perspectivas / Jeibson dos Santos Justiniano. – Belo Horizonte: Editora Expert, 2024.

342 p.

ISBN: 978-65-6006-148-4

Inclui bibliografia e anexos.

1. Controle de convencionalidade – Brasil. 2. Direitos humanos – Aspectos jurídicos. 3. Direito constitucional – Brasil. 4. Relações entre direito interno e direito internacional. I. Título.

CDD: 342

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

Índices para catálogo sistemático:

Direito Constitucional

342

Pedidos dessa obra:



experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UnICEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo, Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Uinhorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Agradecimentos

Ao meu pai, Jacinto Justiniano Filho (o meu Piper), por ter tido a capacidade de uma abnegação enorme, deixando de olhar para si para oportunizar tudo o que tinha e o que não tinha em prol dos nossos estudos, meus e de minhas irmãs!

Pai, muito obrigado por tudo que fez por nós! Estamos sentindo muito sua falta no plano físico, mas sabemos que está agora na contemplação da vida eterna, ao lado do nosso Senhor. Saiba que iremos amá-lo como sempre amamos e manter vivo seu legado de amor, amizade, carinho e alegria.

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.
NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*.



Jeibson dos Santos Justiniano

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (UNIDERP) e possui formação técnica em Processamento de Dados pela Fundação de Ensino e Pesquisa Matias Machline. Professor efetivo da Escola de Direito da UEA, integrante do Núcleo de Direito, Tecnologia e Inovação (LAWin/UEA), professor de cursos de graduação e especialização em Direito, professor em cursos preparatórios para concursos e tabelião do 5º Ofício de Notas de Manaus (Cartório Justiniano). Foi Procurador do Trabalho junto ao Ministério Público do Trabalho da 11ª Região (MPT), tendo sido Procurador-Chefe no biênio 2011/2013. Também foi Procurador do Estado do Amazonas (PGE/AM) e Analista Processual do Ministério Público da União (MPU).

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, não posso deixar de agradecer a Deus por tudo, principalmente pelo fato de ter me abençoado com uma graça imensa, diante de um contratempo surgido em junho de 2023. Obrigado, meu Senhor, por eu estar com saúde!

Ademais, não consigo ter palavras para agradecer à Professora Doutora Lívia Miraglia, minha professora orientadora no Doutorado, por todo o incentivo, ideias, conversas, por ter me cobrado nos momentos certos e, especialmente, pela energia positiva e a confiança que sempre me transmitiu, implicando no resultado da conclusão da tese e agora deste livro. Lembro que, nos momentos mais críticos da Pandemia de Covid-19, ela me convidou para escrever dois artigos, o que colaborou muito para o aproveitamento possível daquele momento crítico para os estudos e pesquisas. Eternas gratidão e amizade, Professora Lívia!

Aos meus diletos amigos Lupércio, Leandro, Macaxeira e Romulo, obrigado por termos uma ligação que é transcendente a este mundo! Nossas almas são tricolores, preta, vermelha e branca!

Às minhas amadas irmãs, Jeive, Teo e Tata! Ter vocês em minha vida é sinônimo de regozijo em minha alma, é um alento diário de se sentir amado por pessoas que representam tudo para mim! Vocês sempre serão as minhas referências!

Às minhas sobrinhas Lelê, Juju e Lulu! Vocês são a primavera da nossa família! Amo vocês com toda a intensidade que posso!

À minha sogra Adele, pelo carinho, amizade e atenção de sempre!

Aos meus cunhados Jucélio, Kleberson, Victor, Sidharta e Carol! Obrigado pelo companheirismo, amizade e ternura de sempre!

Ao São Paulo Futebol Clube! Tricolor mais querido, você está presente em minha vida nos momentos mais decisivos! Muito obrigado pelo título da Copa do Brasil de 2023! Ter estado no Morumbi, acompanhado do meu guri Lucas, foi sem dúvida o melhor momento da minha vida!

À minha mãe Gorete, obrigado por sempre orar por mim! A senhora é a minha eterna educadora, com seus valores e ensinamentos! Tudo isso tem ajudado muito na construção da minha vida!

Ao meu pai Jacinto (meu Piper), o senhor foi um guerreiro! Sinto muito sua falta! Você me inspira todos os dias! Quando estou cansado e tenho vontade de largar tudo, eu lembro do que o senhor fazia por nós, trabalhando das 5h às 22h, sem desanimar, de domingo a domingo, praticamente! Só quero ser para os meus filhos o que o senhor é para mim! Amado pai, seremos eternamente gratos por ter nos mostrado o único caminho que mudou a história de nossa família, a educação!

Aos meus filhos, Lucas, Ana Clara e Mateus! Lucas, você é a realização de um sonho de uma vida! Não consigo conter o amor que tenho por você, meu filho! Clarinha, obrigado por ter entrado em minha vida e ter me dado a chance única de ser pai de uma garota! Mateus, meu filho, sua chegada contagiou ainda mais nossa família com muito amor e presença de Deus em nosso lar!

À minha esposa e amada Camila! Amor, sem você eu já não consigo mais viver! O que você fez por mim neste ano só Deus pode retribuir! Obrigado por sempre acreditar em mim! Obrigado por ser a voz da minha consciência! Obrigado por ser exigente e sempre achar que posso buscar e entregar mais nos projetos que desenvolvo! Enfim, pelo seu amor que me nutre e me inspira todos os dias! Eu te amo muito e mais que ontem!

APRESENTAÇÃO

O presente texto é fruto da tese de Doutorado em Direito, com orientação da Professora Doutora Livia Mendes Miraglia, que teve como proposta verificar a importância do controle de convencionalidade para a proteção dos direitos humanos e fundamentais nos âmbitos internacional e interno. Os mecanismos convencionais estão diretamente voltados à garantia do consenso mínimo de valores essenciais aos indivíduos e para exigir dos Estados o cumprimento do que estes, no exercício da soberania, anuíram observar nos limites do Direito doméstico. O impacto transformador dos tratados internacionais de direitos humanos ocasiona uma barreira relevantíssima aos movimentos de erosão constitucional, evitando a desconstrução do Estado Democrático de Direito. A jurisdição constitucional não inviabiliza a função legiferante quanto à capacidade de interpretar a Constituição, pois esta não é exclusiva de nenhum poder e ninguém tem o direito de errar por último, sob pena de fossilização ou petrificação do Direito. Os diálogos institucionais devem ocorrer para a evolução do sistema de proteção aos direitos humanos e fundamentais. Quando ocorre a reação legislativa à jurisdição constitucional, fenômeno denominado de efeito *backlash*, com o ínsito objetivo de reduzir a proteção dos direitos fundamentais e deslegitimar a atividade judicante na atividade de dizer o Direito, surge a preocupação de impor limites às políticas legislativas retrocessivas. A Lei nº 13.467/2017, conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, é caso típico resultante dos movimentos de erosão constitucional e do efeito *backlash*. Esse contexto de redução do âmbito de proteção de direitos sociais trabalhistas por medidas legislativas é seriamente agravado quando a jurisdição constitucional está também sistematicamente voltada a acolher perspectivas neoliberais e desenvolver teses e orientações de desconstrução do Direito do Trabalho. Essa realidade de erosão constitucional deve ser enfrentada, a fim de impor às funções estatais limites ético-jurídicos mínimos quanto à atividade de interpretar as normas

constitucionais e internacionais de direitos humanos e fundamentais. Os diálogos jurisdicionais (entre as instâncias internacional e interna) permitem a interação e fortalecimento de mecanismos de controle de convencionalidade orientados a conter os efeitos de políticas estatais reducionistas de direitos humanos e fundamentais. Com base nas dinâmicas técnico-processuais dos controles de convencionalidade do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e do interno, propostas de ampliação e aperfeiçoamento foram idealizadas e apresentadas no tocante ao controle de convencionalidade abstrato. Com a expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a evolução do controle de convencionalidade no Direito doméstico brasileiro, as premissas teóricas para a defesa dos direitos humanos e fundamentais são desenvolvidas. Com o seu papel transformador, o controle de convencionalidade é direcionado a afirmar e proteger o Estado Constitucional Cooperativo e, conseqüentemente todo o arcabouço normativo de direitos humanos e fundamentais. Metodologicamente, a pesquisa foi desenvolvida em uma abordagem qualitativa, com suporte nos marcos teóricos de Dworkin, Coutinho, Azevedo Neto e Mazzuoli. Também foram pesquisados alguns *leading cases* do Supremo Tribunal Federal e do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Por fim, os direitos humanos previstos em normas internacionais são os limites éticos essenciais para a construção do Estado Constitucional Cooperativo.

PREFÁCIO

Quando, em 2019, fizemos as distribuições das orientações do Doutorado Interinstitucional UFMG-UEA (Dinter) eu ainda não imaginava a sorte que o destino me reservava.

O projeto de pesquisa sobre “Controle abstrato de convencionalidade: reação convencional ao efeito backlash” do, então Procurador do Trabalho, Jibson dos Santos Justianino era próximo das minhas áreas de conhecimento e, em razão do objeto e do tema, fui designada sua orientadora. Seriam quatro anos de uma “ponte área” Belo Horizonte-Manaus, redefinindo a concepção mineira de “logo ali”.

O que eu não poderia imaginar é que, ao final dessa jornada, teríamos alcançado tanto. E não falo apenas de uma tese que, hoje se torna esse livro, defendida brilhantemente pelo aluno que conquistou a nota máxima com louvor ao obter seu título de doutor em um Programa de Pós Graduação Nota 7 da Capes.

Digo também de todo o caminho trilhado, das experiências, dos aprendizados, da amizade, das trocas e do afeto. Do descortinamento de um novo mundo e da ampliação de horizontes. Não apenas para o aluno, agora doutor em Direito, mas também para a professora que “formou” seu primeiro Doutor no âmbito de um Doutorado que pretendia ajudar a “formar” o corpo docente da Universidade Estadual do Amazonas.

Heráclito disse que “ninguém entra duas vezes no mesmo rio”. Eu tenho certeza de que, a cada vez que eu tive a oportunidade me banhar no Rio Amazonas eu saí transformada. Seja pela cultura, pela culinária, pela música, pelas descobertas, pelos debates jurídicos, pelas aulas ou pelos saberes compartilhados.

Manaus foi, definitivamente um divisor de águas na minha vida profissional (e, também, pessoal). Muito além de poder colocar no lattes a formação de um doutor, o Dinter me proporcionou amadurecimento e crescimento que me modificaram para sempre.

Tive o privilégio de cruzar o caminho de pessoas que me apresentaram, além de novas paragens, novas formas de pensar e de enxergar o mundo. Conheci novas formas de compreender o Direito e novas maneiras de viver a vida. Fui apresentada a uma cultura que é nossa, mas que era, até então, desconhecida para mim. Aprendi as toadas do boi (Caprichoso para sempre), hoje sei que gosto de pirarucu e tambaqui (mas não de matrinxã), meu lanche preferido é o x-caboquinho, sei diferenciar tipos de formiga, fui renovada pelas águas do maior rio do mundo e das cachoeiras circundadas pela floresta pulmão de todos. Aprendi a diferenciar o verão do mais verão ainda e me entristeci quando o céu ficava enfumaçado demais em razão do desprezo do homem.

E sei que tudo isso só foi possível em razão daquela decisão feita lá em 2019 na distribuição das orientações.

Jeibson, o então Procurador do Trabalho que eu vi se tornar Tabelião e na sequência, Controlador Geral do Estado do Amazonas. Aquele que nunca deixou de ser o professor que se tornou Doutor.

Jeibson, que era pai do Lucas e se tornou pai também do Matheus (e que nunca deixou de ser o marido da Camila). O orientando que se tornou amigo e com quem dividi não apenas as angústias inerentes à academia e à escrita de uma tese, mas também uma das maiores tristezas de nossas vidas, ao nos tornamos órfãos de pais presentes que acreditavam na educação e no estudo. O São Paulino que viu seu time se sagrar campeão e ousou traçar um plano de administração para o clube.

Jeibson, que agora se torna autor de livro e doutrinador. Sua obra, consolidada nas páginas a seguir, analisa, com primor, a importância do controle de convencionalidade para a proteção dos direitos humanos e fundamentais nos âmbitos internacional e interno. Sem se descuidar da garantia dos valores essenciais aos indivíduos e da necessidade de se exigir dos Estados o seu cumprimento, a pesquisa analisa a Reforma Trabalhista como caso típico de erosão constitucional e do efeito backlash.

Perquire de que forma a Lei nº 13.467/2017, que reduziu o âmbito de proteção dos direitos sociais trabalhistas, deve ser enfrentada, “a fim de impor às funções estatais limites ético-jurídicos mínimos quanto à atividade de interpretar as normas constitucionais e internacionais de direitos humanos e fundamentais”. Afirmo e reafirmo ao longo de todo o trabalho a necessidade de diálogo jurisdicional entre as instâncias internacional e interna e o papel dos mecanismos de controle de convencionalidade como freio dos efeitos das medidas legislativas estatais reducionistas de direitos fundamentais.

A obra, dividida em três capítulos é essencial para todos os operadores do Direito, situando o leitor no contexto atual do Direito do Trabalho brasileiro, utilizando-se da mais primorosa doutrina constitucional e trabalhista. A linguagem fluida e acessível como o Direito deve ser, mas sem se descuidar da profundidade e da técnica que o assunto exige.

Por vezes, nós juristas, insistimos em distanciar-nos da nossa obra, em separar o autor do escrito. Mas a verdade é que nós somos um só. Ou melhor, somos constituídos de todas as nossas versões.

Esse livro contém todas as múltiplas faces e facetas desse ser humano incrível que é o Jeibson. Alguém que eu tenho certeza não é o mesmo que iniciou o Doutorado em 2019, atravessou uma pandemia, sofreu perdas irreparáveis, alcançou vitórias merecidas, reinventou-se, caiu, levantou-se e banhou-se muitas vezes nas águas do rio da vida.

Para me utilizar de uma metáfora proveniente de uma das músicas que ele me apresentou, do Boi que eu aprendi a amar também, remou, como um bom canoieiro, nos braços do rio, enfrentando o banzeiro e as correntezas, realizando a travessia que o trouxe até aqui: um doutor com distinção que hoje se torna também autor de uma obra imprescindível para o Direito brasileiro.

Espero que o leitor, assim como eu, encontre o autor e professor que, tão competente e gentilmente, divide o fruto de suas pesquisas e o seu conhecimento nas próximas páginas.

Ao Jeibson, outrora aluno e orientando, hoje amigo e colega, o meu mais sincero agradecimento pela travessia que ousamos fazer

juntos nesses últimos quatro anos. Espero que o destino continue nos permitindo remar juntos pelas águas dos rios da vida.

Com profunda admiração e todo meu afeto,

Lívia Mendes Moreira Miraglia

Belo Horizonte, outubro de 2024.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CORTE IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
DRU	Desvinculação das Receitas da União
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
ECI	Estado de Coisas Inconstitucional
FGV	Fundação Getúlio Vargas
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PIB	Produto Interno Bruto
PGR	Procurador Geral da República
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PL	Projeto de Lei
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PSE	Programa Seguro-Emprego
RAIS	Relação Anual de Informações Sociais
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UEA	Universidade do Estado do Amazonas
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DIÁLOGO INSTITUCIONAL E REAÇÃO LEGISLATIVA 25

1.1. Jurisdição Constitucional e Constitucionalismo Contemporâneo no Brasil.....	26
1.2. Controle de Constitucionalidade como Pressuposto Indispensável para a Expansão da Jurisdição Constitucional.....	36
1.3. Protagonismo do Poder Judiciário na Interpretação da Constituição e Importantes <i>Leading Cases</i> da Postura Ativa do Supremo Tribunal Federal.....	52
1.4. Críticas à Supremacia Judicial e Mecanismos de Autocontenção.....	70
1.5. Diálogo Institucional e Reação Legislativa à Jurisdição Constitucional.....	82

2. A LEI DA REFORMA TRABALHISTA: REFLEXÕES SOBRE A DESPROTEÇÃO OU REDUÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS 113

2.1. Realidade Estrutural de Erosão Constitucional dos Direitos Fundamentais Sociais	114
2.2. Desproteção ou Redução de Direitos Sociais Trabalhistas pela Lei da Reforma Trabalhista.....	134
2.3. Necessidade do Controle de Convencionalidade para Enfrentamento da Lei da Reforma Trabalhista.....	158

3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E NO SISTEMA INTERNO BRASILEIRO	191
3.1. Realidade do Controle de Convencionalidade no Estado Brasileiro	192
3.2. Mecanismos de Controle de Proteção aos Direitos Humanos no Sistema Interamericano e no Sistema Interno	216
3.3. Precedentes de Proteção de Direitos Sociais pelo Mecanismo da Petição Individual no Sistema Interamericano	242
3.4. Controle de Convencionalidade como Mecanismo de Reação ao <i>Efeito Backlash</i> e Garantidor do Estado Constitucional Cooperativo ...	263
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	297
5. REFERÊNCIAS	303

1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DIÁLOGO INSTITUCIONAL E REAÇÃO LEGISLATIVA

Após a promulgação da CRFB/1988, a jurisdição constitucional, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, atinge uma expansão significativa e projeta o Poder Judiciário a uma postura ativa na aplicação de princípios constitucionais e direitos fundamentais. Essa expansão da jurisdição constitucional está atrelada ao funcionamento do controle de constitucionalidade e à interpretação da Constituição. O exercício desses mecanismos implica no protagonismo da função jurisdicional para dizer o Direito em muitas situações inviabilizadas pela ausência ou incompletude de definições legislativas.

A ampliação de espaços para a atuação do Poder Judiciário sofre resistências e críticas por meio da construção de teorias voltadas a deslegitimar a função judicial quanto à capacidade criativa do Direito. Alguns segmentos da sociedade, representados no Parlamento, reagem às posições judiciais na definição e interpretação de direitos fundamentais. Essa reação à jurisdição constitucional, especialmente do STF, está crescendo no Congresso Nacional e já tem manifestações concretas de reversão jurisprudencial.

A interação entre as funções estatais na condução das atividades interpretativas da CRFB/1998 implica em um verdadeiro embate por capacidades institucionais para a criação do Direito a ser aplicado em casos concretos ainda pendentes de definições de contornos jurídicos. Neste sentido, é importante verificar que a interpretação da CRFB/1988 está inserida na dinâmica dos diálogos institucionais ou constitucionais, não devendo nenhuma função estatal ter a última palavra quanto à aplicação dos valores constitucionais.

Nesse contexto, devem ser investigados os cenários e as nuances em que os movimentos da jurisdição constitucional e do efeito *backlash* são verificados e como devem ser conduzidos quanto à proteção dos direitos humanos e fundamentais.

1.1. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

Para o desenvolvimento do presente estudo, é necessário compreender a trajetória e evolução do constitucionalismo brasileiro, tendo atualmente a CRFB/1988 ao centro do sistema jurídico. Também serão examinadas as implicações acerca do fenômeno da Jurisdição Constitucional, por meio da análise do controle de constitucionalidade no Brasil e como esse processo protetor da Constituição foi um fator decisivo para o Poder Judiciário se tornar efetivamente a instituição que garante a sua supremacia e a efetividade das suas normas.

Neste tópico, não há nenhuma pretensão de fazer uma abordagem histórica da origem e evolução da jurisdição constitucional e do constitucionalismo brasileiro. O intuito é expor os alicerces da construção de tal jurisdição estatal e destacar a relevância da atividade jurisdicional, nos moldes da estruturação do Poder Judiciário prevista na CRFB/1988, para a afirmação do Estado Democrático de Direito.

A postura ativa do Poder Judiciário foi crucial para as normas constitucionais, inclusive as de natureza principiológica e as declaratórias de direitos fundamentais, serem dotadas de normatividade e permitirem um novo contexto do constitucionalismo no Brasil. Este se caracteriza, dentre outros aspectos, pela eficácia irradiante dos valores ou parâmetros constitucionais, os quais influenciam e condicionam todo o ordenamento jurídico. Desse modo, a Jurisdição Constitucional é o fenômeno jurídico no qual a Constituição é o ponto de partida para a atividade interpretativa do Direito a ser aplicado na solução de problemas.

É importante contextualizar a interação entre a Justiça Constitucional, como poder, com as demais funções estatais. Inegavelmente, existe uma compreensão estática acerca das atribuições das instituições democráticas na República Federativa do Brasil, a partir da noção clássica do princípio da separação de poderes, previsto expressamente nos princípios fundamentais (art. 2º) da CRFB/1988. A repartição das funções estatais em três Poderes é decisivamente um

aspecto muito relevante para o avanço das democracias dos estados (COSTA, 2004). A tripartição do poder representa um instrumento que delimita o seu exercício, tanto perante os administrados, quanto aos próprios representantes e membros.

Uma primeira ideia de diálogo constitucional (temática abordada e aprofundada a partir do próximo tópico do presente capítulo), de cunho conservador, assenta-se na noção de que o Poder Legislativo é o criador da regra jurídica; o Executivo, executor do Direito e das políticas públicas; e o Judiciário, o aplicador da norma, em caso de pretensão resistida (BENVINDO, 2014).

Com as atribuições bem delineadas dos Poderes, dentro de uma perspectiva de harmonia e de controle mútuo, exigências do constitucionalismo contemporâneo para o sistema de separação de poderes, ressoa uma percepção errônea de estabilidade das instituições. Na verdade, a democracia brasileira revela que as atribuições das instituições brasileiras possuem um cunho político e que as ambições por mais poderes e por mais afirmações de espaços tomam conta da realidade do nosso sistema jurídico-constitucional (BENVINDO, 2014).

Nesse contexto, é importante compreender o significado das expressões democracia e constitucionalismo. Luís Roberto Barroso (2010) afirma que constitucionalismo e democracia são conceitos próximos, mas não se confundem. A democracia se correlaciona com as proposições de governo da maioria e soberania popular, atribuindo legitimidade ao legislador, eleito pela maioria do povo. O constitucionalismo está ligado à ideia de limitação do exercício de poder, com a necessária afirmação dos direitos e das garantias fundamentais, estando o Poder Judiciário encarregado de proteger a Constituição e os seus valores, até mesmo contra a vontade da maioria, em prol da salvaguarda dos direitos das minorias.

A premissa de que o Poder Judiciário é meramente técnico e alheio ao jogo político não corresponde à realidade do sistema constitucional brasileiro. As pressões do ambiente social e político, os *lobbies* e as ingerências dos demais poderes mostram uma noção

diferente da função judiciária, formalmente conceituada como uma atividade de aplicação de normas, mediante interpretação, em casos de litígios surgidos na sociedade. Na democracia brasileira, a atividade do julgador vem assumindo cada vez mais um papel de criar o direito em abstrato, além de implementar políticas públicas, ou seja, o Judiciário vem realizando funções classificadas tradicionalmente como típicas dos demais poderes (BENVINDO, 2014).

A atividade criativa do Poder Judiciário não é novidade, tendo sido constatada até por Hans Kelsen (1998, p. 171), ao destacar que “a norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual”. Kelsen atribui ao órgão aplicador da norma geral a incumbência de estabelecer os elementos ainda não determinados e não delineados por ela. Já Herbert Hart (1986, p. 141) menciona a “textura aberta” do Direito, resultante das ambiguidades da linguagem, impondo ao intérprete uma escolha dentre o rol de alternativas possíveis, na aplicação das normas jurídicas.

No julgamento do caso *Marbury vs. Madison* da Suprema Corte norte-americana, conforme descrito por Tushnet (2000, p. 17-18), John Marshall fez uma célebre afirmação: “*It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*”¹. Daí surge uma ilação irrefutável, de que o Poder Judiciário tem a competência e o dever de dizer o alcance e o sentido da lei. Além disso, caso uma lei venha a ser questionada perante os órgãos judiciais, estes terão que cumprir o dever de dizer o Direito, qual o seu significado e também definir a sua validade ou invalidade.

A promulgação da CRFB/1988 estabeleceu o resgate do regime democrático do Estado brasileiro, tendo como um dos seus pilares o objetivo de entregar aos cidadãos um sistema jurídico pautado na dignidade do ser humano, na afirmação dos direitos e garantias fundamentais e no garantismo constitucional. A CRFB/1988 é resultado

¹ “É expressamente da competência e do dever do Judiciário dizer o que é o Direito”, em tradução nossa.

do constitucionalismo do final do século XX, que assentou a premissa de que a Constituição é o centro da hermenêutica jurídica.

Como órgão máximo do Poder Judiciário, o STF tem o protagonismo na atividade de interpretá-la, cabendo-lhe, precipuamente, a sua guarda (art. 102, *caput*, da CRFB/1988). Assim, a posição desempenhada pelo Poder Judiciário, em virtude do desenho institucional de 1988, vai além de coordenador político institucional e colaborador normativo, viabilizando a realização da democracia por meio da aplicação do Direito, quando contém excessos que violam as regras estabelecidas pelo Poder Constituinte e promove a contenção dos poderes (GADELHO JUNIOR, 2021).

Ora, a CRFB/1988 concedeu ao Poder Judiciário atribuições que, em sua natureza, revelam uma função de proteção do sistema jurídico-constitucional por meio do controle de constitucionalidade. Entretanto, não significa que os Poderes Legislativo e Executivo perderam sua relevância e importância na afirmação dos direitos e garantias fundamentais previstos, porém, caso os objetivos constitucionais não sejam alcançados com as atividades realizadas pelas funções legislativas e executivas, cumpre ao Poder Judiciário realizar e concretizar tais direitos, objetivos e os valores constitucionais.

Assim, o exercício da jurisdição constitucional no Estado brasileiro diminuiu o protagonismo dos outros poderes nos séculos XVIII a XX (GADELHO JUNIOR, 2021), em prol de estabelecer um garantismo constitucional desempenhado pelo Poder Judiciário. Entretanto, essa realidade de jurisdição constitucional ou de uma jurisdição forte não ocorre somente no Estado brasileiro.

O contexto de um Constitucionalismo forte, sedimentado na ideia de que a Constituição é o parâmetro normativo central do ordenamento jurídico, com a existência de uma Corte ou Órgão Constitucional incumbido de defender o arquétipo democraticamente estabelecido (SAMPAIO, 2002), por instrumentos de controle de constitucionalidade, está presente em 158 dos 190 países. Além disso, 79 constituições escritas designaram um órgão constitucional para

fazer o exercício da Jurisdição Constitucional (GADELHO JUNIOR, 2021).

Neste ponto da presente exposição, é importante fixarmos algumas diferenças pontuais entre o positivismo jurídico e o constitucionalismo contemporâneo. No positivismo, existe uma supremacia do Legislador, pois os direitos são aplicados na exata medida em que estão contemplados nas regras aprovadas pelo Parlamento. Assim, o que se observa é o protagonismo do legislador na aplicação do Direito. No Constitucionalismo do pós-guerra, as constituições nacionais passaram a ter uma carga axiológica ou valorativa (princípios passando a ter natureza normativa), surgindo a partir dessa realidade um novo papel do Poder Judiciário na proteção e realização dos valores constitucionais (SAMPAIO, 2002).

O Poder Judiciário, como maior intérprete e garantidor da aplicação da Constituição, esta dotada de força normativa, tem o seu papel valorizado e um maior protagonismo na aplicação do Direito (SAMPAIO, 2002). O diálogo constitucional entre os poderes tem como premissa a realidade inafastável do garantismo constitucional e a expansão da atividade judicante como garantidora da aplicação dos direitos e garantias fundamentais, caso os demais poderes descumpram a Constituição.

O constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo tem características que podem muito bem ser destacadas a partir do que foi bastante observado por Barroso (2005), ao sintetizar as premissas fundamentais desse fenômeno jurídico-político em três marcos, o histórico, o filosófico e o teórico.

O marco histórico decorre das mudanças do constitucionalismo na Europa Ocidental, após a Segunda Guerra Mundial, passando a ter uma preocupação central com a qualidade de vida e a proteção dos direitos humanos e a ideia de que os ordenamentos jurídicos devem respeitá-los em suas constituições. O marco filosófico é o pós-positivismo, passa-se a dialogar com a ética e a moral, buscando além da legalidade estrita, uma leitura moral e ética do Direito. Já o marco teórico é constituído com base em três grandes mudanças

paradigmáticas da aplicação do Direito, com a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional.

Essa mudança de aplicação do Direito Constitucional é sedimentada no reconhecimento da natureza normativa da norma constitucional (seja a regra ou o princípio constitucional). Assim, com base nessa premissa técnico-jurídica, foi superado o modelo que vigorou na Europa até a metade do século XX, no qual a Constituição era vista apenas como um documento de natureza política, direcionando um convite à atuação dos Poderes Públicos.

As diretrizes constitucionais ficam condicionadas à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. O Poder Judiciário não tinha uma função de implementar ou realizar a Constituição, nem mesmo quando os demais poderes ficavam inertes na concretização das propostas constitucionais (BARROSO, 2005).

O reconhecimento da força normativa da Constituição, da obrigatoriedade da aplicação de suas normas, as quais são dotadas de imperatividade, atributo inerente das normas jurídicas, alteraram a realidade posta da primeira metade do século passado. Konrad Hesse (1991) afirmou que a negação do Direito Constitucional e a negação do próprio eram justificadas na visão de que a Constituição expressava apenas uma momentânea representatividade do poder.

Para o jurista alemão, a Constituição tem força própria, com capacidade de ordenar a vida do Estado, não podendo as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais serem óbices para a eficácia da norma constitucional. Na verdade, as premissas fáticas devem ser consideradas na aplicação das normas constitucionais, assim, podendo a Constituição estabelecer a ordem e conformação à realidade política (HESSE, 1991).

A partir da segunda metade do século XX, um novo modelo de Direito Constitucional, inspirado nos Estados Unidos da América, passou a existir, tendo como base o princípio da supremacia da Constituição. Ocorreu a constitucionalização dos direitos fundamentais, os quais são reconhecidos e realizados independentemente do processo político

majoritário. A proteção dos direitos fundamentais coube ao Poder Judiciário, retirando a supremacia do Poder Legislativo da maioria dos sistemas jurídicos da Europa e se adotou um modelo jurídico baseado no controle de constitucionalidade (BARROSO, 2005; SAMPAIO, 2002).

A nova interpretação constitucional é uma decorrência da tese da força normativa da Constituição. O reconhecimento da natureza normativa das normas constitucionais implicou na utilização de diferentes categorias, que são trabalhadas pela interpretação constitucional, como as cláusulas abertas, os princípios, as colisões entre normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica (BARROSO, 2005).

A interpretação tradicional não deixou de ser aplicada pelo intérprete e nem está superada. Nesse modelo convencional, são consideradas fontes normativas as regras, as quais são enunciados descritivos de condutas e são aplicáveis mediante a utilização da técnica da subsunção. O juiz deve analisar o fato e verificar, no ordenamento jurídico posto, a norma-regra que se coaduna às premissas fáticas e jurídicas do caso a ser solucionado (BARROSO, 2005).

Os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos entre normas (hierárquico, temporal e o da especialidade) e a técnica da subsunção continuam resolvendo parte considerável das demandas fáticas e jurídicas, mas os valores constitucionais e as cláusulas gerais, em muitas colisões de normas constitucionais, exigem do intérprete uma participação ativa na criação do Direito a ser aplicado, ajudando o Legislador na atividade de dizê-lo (BARROSO, 2005).

Dworkin (2001) sustenta a existência de uma premissa para o juiz buscar a resposta certa, com base nos precedentes e na moralidade de uma comunidade. Para o autor, o julgador não tem qualquer poder discricionário. Pelo contrário, o juiz deve a única resposta certa para o caso sob seu julgamento, ante o fato de que muitas regras são baseadas em textos ambíguos e carecem de uma postura ativa do intérprete.

Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, normas constitucionais dotadas de alto grau de abstração, são permeadas por cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados. Neste sentido,

as normas-princípios contém termos vagos ou imprecisos, que exigem um papel ativo do aplicador do Direito na sua interpretação para o preenchimento e a compreensão de seus contornos jurídicos, sempre levando em consideração as peculiaridades e as circunstâncias fáticas do caso concreto sob análise (BARROSO, 2005).

Esse reconhecimento da normatividade de cláusulas gerais constitucionais concede ao magistrado a discricionariedade para a definição do conteúdo das normas constitucionais principiológicas e daquelas que consagramos direitos e garantias fundamentais (BARROSO, 2005). Com o efeito expansivo das normas constitucionais, tendo o seu conteúdo material e axiológico se irradiando por todo o ordenamento jurídico, ocorreu uma expansão dos poderes do Judiciário para conformação dos princípios constitucionais.

Tal capacidade do membro do Poder Judiciário de aplicar normas constitucionais para a solução de problemas, tendo uma atuação ativa na definição do conteúdo de termos ou expressões dotados de flexibilidade ou plasticidade, mediante regras de validade de argumentação jurídica (SAMPAIO, 2002), é um traço marcante da jurisdição constitucional e do garantismo que decorrem da CRFB/1988. A postura do intérprete, por meio do modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, para além do legislador ordinário, vem a constituir o que a doutrina denomina de ativismo judicial.

É nessa realidade constitucional vivenciada no Estado brasileiro que muitas questões políticas, jurídicas, sociais e econômicas são enfrentadas e julgadas pela Corte Constitucional do país. A judicialização de questões políticas e sociais, no caso do modelo adotado nacionalmente, é resultado do amplo sistema de controle de constitucionalidade no Brasil. Ademais, a CRFB/1988, quanto à sua extensão, é classificada como analítica, ampliando consideravelmente as abrangências de temas que podem ser considerados como matéria constitucional.

O traço marcante das constituições modernas (SAMPAIO, 2002) é a consagração de valores ou de bens jurídicos que se contrapõem e, diante de muitas situações concretas, estão em rota de choque ou

de colisão. As colisões entre normas constitucionais consagradoras de princípios ou de direitos fundamentais são norteadas para a escolha do Direito que mais realiza, à luz do caso concreto, as diretrizes constitucionais estabelecidas pelo legislador constituinte originário.

O positivismo não consegue encontrar mecanismos sustentáveis para solucionar casos complexos (*hard cases*). Mesmo no sistema de supremacia do legislador, o qual trata o Direito como um sistema composto apenas por regras, diante de casos difíceis, deverá recorrer a processos interpretativos e argumentativos de aplicação de princípios e diretrizes políticas – *principles and policies* (DWORKIN, 1978). Essa visão implica em reconhecer a certeza de que os sistemas jurídicos devem aplicar princípios constitucionais por uma necessidade e devido à limitação institucional do legislador no exercício de sua função normativa típica.

A técnica da subsunção não tem como ser aplicada para soluções de demandas envolvendo colisão entre valores constitucionais, pois não é possível subsumir o mesmo fato em normas constitucionais contraditórias de igual hierarquia. Somente a ponderação das normas constitucionais permite a escolha do valor constitucional prevalecente, aquele que mais concretiza os objetivos constitucionais, sem sacrificar o bem jurídico colidente, buscando-se, com isso, a sua maior preservação (BARROSO, 2005).

A prolação de decisão judicial com base na técnica da ponderação das normas constitucionais necessita de uma argumentação jurídica robusta e sólida, como dever de sua fundamentação. Como tal ponderação abre espaço para a discricionariedade do julgador, participando da atividade de inovar a ordem jurídica, faz-se imperiosa uma releitura do princípio da separação de poderes – na sua vertente tradicional, apenas o Parlamento pode criar o Direito e o juiz fica adstrito a aplicar a opção normativa eleita pelo legislador (BARROSO, 2005).

Dessa maneira, para não ocorrer a violação do princípio da separação de poderes, o intérprete, ao utilizar a ponderação de interesses, tem uma maior responsabilidade com o dever de

fundamentação das decisões judiciais (BARROSO, 2005). O Legislador Brasileiro, preocupado com casuísmos, consagrou expressamente no Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, § 2º, do art. 489, a obrigatoriedade do dever de fundamentação no caso de colisão entre normas, com o manejo da técnica da ponderação. Tal norma citada determina que o juiz “deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

A ponderação entre normas constitucionais deve ser bem fundamentada, amparada em uma racional, sólida e objetiva argumentação jurídica (ALEXY, 2008; BARCELOS, 2013). Caso contrário, o direito constitucional (princípio constitucional ou direito fundamental) está sendo aplicado com arbitrariedade, não se podendo falar em discricionariedade, em clara e total afronta ao princípio da separação dos poderes e ao princípio do devido processo legal.

Para legitimar a decisão judicial, o magistrado deve se basear em fundamentos jurídicos que possam formar padrões ou parâmetros para soluções de outros casos similares, a fim de que se tornem precedentes com o desiderato de universalidade (BARROSO, 2005). As decisões judiciais não podem ser casuísticas e não podem comprometer a racionalidade do sistema jurídico, que deve sempre realizar os princípios da segurança jurídica e da igualdade a todos os indivíduos submetidos à mesma realidade.

A constitucionalização do Direito no Brasil, no fim do século passado, está diretamente correlacionada à constatação de que a sociedade brasileira é plural e nela coexiste uma pluralidade de valores, que foi reconhecida na CRFB/1988, ao se erigir o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso V, da CRFB/1988).

Nesse contexto, não se pode esperar e imaginar que a atividade do legislador na criação do Direito conseguirá a contento e de forma satisfatória alcançar e contemplar todas as necessidades e demandas da sociedade civil, considerando a sua diversidade, os interesses

antagônicos dos diversos grupos de indivíduos ou de segmentos econômicos e profissionais, bem como a própria evolução da dinâmica da vida humana com a globalização, o avanço das tecnologias de comunicação, e a crescente interação das relações humanas por redes sociais.

Logo, as categorias do novo Direito Constitucional, como aplicação da ponderação de interesses, o ativismo judicial e a reaproximação do Direito com a ética (aplicação de princípios), antes de qualquer discussão teórico-jurídica, são uma realidade do constitucionalismo brasileiro.

Neste ponto do trabalho, o objetivo foi apresentar as características, teorias e premissas metodológicas do fenômeno do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, em breve síntese, para a compreensão da expansão da Jurisdição Constitucional e verificar como o Poder Judiciário, como protagonista da atividade de interpretar a Constituição, contribui ao respeito, à observância e à realização de direitos e garantias fundamentais, assim como à afirmação do Estado Democrático e Social de Direito.

1.2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO PRESSUPOSTO INDISPENSÁVEL PARA A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Na história político-jurídica dos Estados Unidos da América, é forte e permanente a tensão quanto ao binômio entre constitucionalismo e democracia. De um lado, o constitucionalismo, buscando colocar em prática o governo limitado, do outro, a democracia, validando as escolhas pelo critério político majoritário, almejando o ideal do autogoverno pelos cidadãos.

Diante dessa dicotomia, a jurisdição constitucional e a postura ativa do Poder Judiciário se interpõem entre esses dois valores e encontram resistências, por dividirem a opinião pública, quando

decisões judiciais são proferidas contra os processos políticos majoritários (VICTOR, 2015).

No Brasil, a expansão da jurisdição constitucional também encontra justificativa nos conceitos e premissas principiológicas do constitucionalismo moderno. O sistema jurídico-constitucional brasileiro tem suas raízes no constitucionalismo francês. Nesse modelo, o Poder Constituinte assume a tarefa de estabelecer a nova ordem jurídica política e social, rompendo com o sistema jurídico anterior. Ademais, o constitucionalismo francês, como fenômeno jurídico-político, empreendeu a limitação do exercício de poder por meio da atribuição de direitos ao indivíduo.

No sistema constitucional brasileiro, por sua vez, categorias importantes foram aprimoradas para a evolução do seu Direito Constitucional, como o princípio da supremacia da Constituição, a hierarquia entre as fontes normativas e o controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Constatase, assim, que o nosso regime jurídico-constitucional avançou além de suas raízes, pois tecnicamente ainda não há no Direito francês um processo de controle de constitucionalidade, apesar de alguns debates de constitucionalização do Direito e avanços significativos com a reforma constitucional de 1974. Em todo caso, a teoria de guarda ou proteção da Constituição só teve seus contornos definidos e ganhou sentido lógico-jurídico a partir das constituições escritas e rígidas (MELLO, 1968).

A jurisdição constitucional possui como uma das suas maiores missões garantir o respeito aos direitos fundamentais. Nesse escopo, Cappelletti (1984), ao analisar o *juicio de amparo*² do constitucionalismo mexicano, instituto atual previsto na Constituição Mexicana de 1917³, ressalta que a justiça constitucional não se confunde com controle

2 É o remédio constitucional, no direito mexicano, que tutela as liberdades e os direitos fundamentais, criado em meados do século XIX (CAPPELLETTI, 1984).

3 Marco histórico importante é o fato de a Constituição Mexicana de 1917 ter sido a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (artigos 5 e 123) (COMPARATO, 2010).

de constitucionalidade, sendo este apenas um dos seus aspectos, não obstante, é certamente um dos instrumentos mais importantes para a proteção da Constituição. No caso do Direito mexicano, o *juicio de amparo*, além de proteger a ordem constitucional de leis inconstitucionais, também tem a sua finalidade originária de garantir os direitos e liberdades fundamentais (CAPPELLETTI, 1984).

O controle de constitucionalidade no Brasil, diferentemente de *juicio de amparo*, está todo voltado a proteger a Constituição contra leis e atos do Poder Público que colidam com as suas regras, direitos fundamentais e princípios. Em outras palavras, o processo de constitucionalidade brasileiro protege diretamente os direitos fundamentais, ficando a proteção dessas normas constitucionais aos chamados remédios constitucionais, os quais também podem ser medidas para o controle incidental ou difuso de constitucionalidade.

Por isso, quando o controle de constitucionalidade tem como objetivo a proteção das normas constitucionais, nas quais estão consagrados os direitos e liberdades fundamentais, não há nenhuma dúvida de que o controle de constitucionalidade é garantidor do sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais. Tem-se, portanto, a premissa de que o controle judicial de constitucionalidade levou ao protagonismo do Poder Judiciário e um sistema de supremacia judicial (VICTOR, 2015).

Na evolução histórica do controle de constitucionalidade, verifica-se uma variação de conceitos e mecanismos nas sucessões das constituições brasileiras e de emendas constitucionais, partindo da total ausência de controle de constitucionalidade na Constituição de 1824 e alcançando o estágio atual, com base na CRFB/1988, de um controle híbrido ou misto, com primazia do concentrado de constitucionalidade.

A Constituição Imperial de 1824 teve influência francesa e não havia um mecanismo de controle de constitucionalidade, o juiz apenas aplicava as regras estabelecidas pelo Parlamento. A Constituição de 1891 é a primeira republicana, de influência norte-americana, tendo como um dos seus idealizadores Rui Barbosa, a qual previa um

mecanismo de controle difuso e concreto – difuso porque poderia ser feito por diversos órgãos do Poder Judiciário e concreto porque realizado dentro dos casos concretos (BARROSO, 2019).

A Constituição de 1934 apresentou quatro inovações. Quanto ao controle difuso de constitucionalidade, foram duas novidades diretas. A primeira foi a instituição da cláusula de reserva de plenário (de origem norte-americana, lá chamada de *full bench*), obrigando a declaração de inconstitucionalidade, no âmbito de um tribunal, ser feita pelo seu órgão pleno ou plenário⁴. A outra inovação no controle incidental de constitucionalidade é a suspensão da lei declarada inconstitucional, após comunicação pelo Senado Federal, mediante resolução, passando a conferir efeitos *erga omnes*⁵ (BARROSO, 2019).

A outra medida criada pela Constituição de 1934 foi a representação interventiva, instrumento pelo qual, em algumas das hipóteses justificadoras de intervenção da União nos estados, o STF era instado a analisar se a intervenção seria constitucional ou não, a fim de que pudesse ser processada. A medida era uma ação proposta pelo Procurador Geral da República (PGR) e, em caso de violação a princípios constitucionais sensíveis, seria confeccionada uma lei de intervenção federal, que não seria implementada de imediato, uma vez que seria necessária a análise da constitucionalidade pelo STF. A provocação do STF se dava por meio da representação interventiva e, reconhecida a constitucionalidade da intervenção pelo STF, esta poderia ser processada⁶.

4 O instituto da *full bench* permanece até hoje na ordem constitucional brasileira (MENDES, 2004). Está previsto no art. 97 da CRFB/1988, com o seguinte teor: “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

5 A hipótese de resolução suspensiva do Senado Federal também continua prevista na CRFB/1988: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. A partir do julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, há muita discussão sobre os efeitos do controle difuso de constitucionalidade quanto ao julgamento de Recurso Extraordinário pelo STF (BELO, 2019).

6 A representação para fins de intervenção federal está regida, com algumas diferenças, na CRFB/1988: “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: [...] III

A quarta medida de impacto na Constituição Brasileira de 1934 foi a instituição do Mandado de Segurança, instrumento de proteção às liberdades individuais que não fossem o direito de locomoção de ir, vir e permanecer, o qual é tutelado pela via do *habeas corpus*. Também foi possibilitado instar a arguição incidental de constitucionalidade em sede de mandado de segurança. Antes da sua criação, defendia-se a utilização ação constitucional do *habeas corpus* para a proteção de qualquer liberdade individual e não apenas a liberdade de ir e vir, como é hoje.

A Constituição de 1937, conhecida como Constituição “Polaca”, tinha contornos e características autoritárias. Diante de eventual declaração de inconstitucionalidade de determinada lei, o Presidente da República, acaso considerasse a norma legal relevante para os interesses da soberania nacional, poderia provocar o Parlamento e, pelo quórum de 2/3 (dois terços), o Congresso poderia manter a aplicação da lei, tornando sem efeito a decisão judicial de declaração de inconstitucional (BARROSO, 2019).

Com a deliberação de dois terços, mesmo quórum de aprovação da Emenda à Constituição, o Congresso Nacional “constitucionaliza” a lei, por meio da votação. Caso o Congresso Nacional não estivesse reunido, as atribuições do Parlamento passavam ao Presidente da República, que exercia tais competências por meio de Decreto-Lei, incluindo também a possibilidade de tornar uma decisão judicial sem efeito. As nuances dessas medidas previstas na Constituição de 1937 demonstram que havia um verdadeiro controle político do controle judicial de constitucionalidade. O instituto em questão não tem correspondência na CRFB/1988, por incompatibilidade teleológica com o regime de um Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2019).

Com a redemocratização pós-Estado Novo, a Constituição Brasileira de 1946 restaura o modelo de 1934, com o controle difuso de constitucionalidade, além de ter alterado o instituto da representação

- de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal”.

interventiva, deixando de analisar a lei interventiva, mas o ato praticado pelo estado-membro eventualmente violador de um princípio constitucional sensível (MENDES, 2004).

A EC nº 16/1965 cria a representação de inconstitucionalidade, atual Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), proposta diretamente no STF, com legitimidade ativa exclusiva do PGR. A representação de inconstitucionalidade teve como escopo a análise da lei em tese, em abstrato. Dessa forma, a EC nº 16/1965 inaugura no Brasil o controle concentrado e abstrato de leis e atos normativos (BARROSO, 2019).

A representação de inconstitucionalidade, na forma estabelecida pela Constituição de 1946, apresentava uma incoerência latente. O PGR e o Ministério Público Federal tinham, à época, atribuições de defesa dos interesses e direitos da União, função hoje exercida pela Advocacia Geral da União. O PGR poderia ser exonerado sem necessidade de justificativa (cargo em comissão admissível e demissível *ad nutum*).

A Constituição de 1967 manteve o modelo de controle anterior. A EC nº 1/1969 que, em sua essência, é considerada uma nova Constituição, também mantém o modelo de controle. Já a EC nº 7/1967 inovou, com a possibilidade de medida cautelar em sede de representação de inconstitucionalidade (atual ADI) e instituiu a representação para interpretação, ação proposta perante o STF para definir qual é a interpretação da lei a ser aplicada⁷.

Dentre todas as constituições, a CRFB/1988 foi a que mais avançou na temática de controle de constitucionalidade. Houve ampliação do rol de legitimados para a propositura da ADI (art. 103, CRFB/1988), invertendo a lógica do controle de constitucionalidade brasileiro. Nas constituições anteriores, a primazia no controle de constitucionalidade era o difuso e concreto. A partir do novo modelo jurídico-constitucional de 1988, vários elementos do controle concentrado e abstrato influenciam e são incorporados pelo controle difuso e concreto, dando origem ao fenômeno da abstrativização

7 Não há medida na Constituição de 1988 com os mesmos contornos técnicos da representação para interpretação. Na ADI, o STF permite a formulação do pedido de interpretação conforme a Constituição (Reclamação nº 4.335/DF).

do controle de constitucionalidade ou objetivização do controle de constitucionalidade (BARRROSO, 2019).

O órgão constituinte de 1988 ainda adotou, de forma inédita, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), outra medida do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. As omissões constitucionais também foram objeto da preocupação do poder constituinte originário, com a instituição da ADI por omissão e do mandado de injunção.

A ADI por omissão ataca a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, como mecanismo do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. A decisão de declaração de inconstitucionalidade por omissão tem os seguintes efeitos: i) quando a omissão é de poder, é dada ciência para adoção das providências cabíveis⁸; e ii) no caso de omissão ser de órgão administrativo, o decreto judicial impõe o prazo de 30 dias para ser editada a norma (art. 103, § 2º, CRFB/1988).

O mandado de injunção, por sua vez, é um remédio constitucional pertencente ao sistema do controle difuso e concreto de constitucionalidade, o qual é cabível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de liberdades e direitos fundamentais (art. 5º, LXXI, da CRFB/1988).

No modelo constitucional de 1988, foi criado outro remédio constitucional, o *habeas data* (art. 5º, LXVIII, da CRFB/1988), instrumento processual tão caro ao regime democrático, pois permite que o cidadão tenha conhecimento de suas informações em posse do Estado. Houve ainda a previsão do Mandado de Segurança Coletivo, como mais outro instrumento a tutelar direitos transindividuais cuja titularidade recai sobre uma coletividade determinada ou indeterminada de pessoas. O mandado de injunção coletivo é um

⁸ Como se trata de poder, os efeitos da decisão que reconhece a mora legislativa na ADI por omissão não podem impor ao poder competente uma determinação para normatizar de forma cogente, sob pena de violação ao princípio de separação de poderes (MENDES, 2004).

instrumento processual de extrema importância para a realização de direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.

A EC nº 3/1993 criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). Essa medida do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade tem o escopo de ratificar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. A ADC é considerada uma ação de sinal trocado, comparativamente com a ADI. As duas medidas em apreço são ações de caráter dúplice, o resultado favorável de uma implica no desfavorável da outra.

Para a ADC não ser considerada um instrumento processual de consulta ao STF, há a exigência da comprovação de pressuposto processual específico, é a controvérsia judicial relevante. É a necessidade de demonstração de divergências de julgamentos por órgãos jurisdicionais diversos acerca da constitucionalidade ou não do objeto da ADC, ocasionando séria e relevante insegurança jurídica no tocante à aplicação da norma federal (art. 14, inciso III, da Lei nº 9.868/1999)⁹.

No ano de 2004, foi promulgada a EC nº 45/2004. Essa norma constitucional derivada trouxe para o sistema jurídico-constitucional relevantes novidades e alterações nos institutos constitucionais. A Súmula Vinculante, dentre as novidades, é a que mais tem pertinência com nosso trabalho, pois, apesar de não ser uma espécie de medida do controle de constitucionalidade, o seu teor produz efeitos vinculantes. Já o Recurso Extraordinário teve modificações, dentre as quais se destaca a exigência de repercussão geral para o seu conhecimento e processamento.

⁹ Art. 14, da Lei nº 9.868/1998: “A petição inicial indicará: [...] III – a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”.

O mecanismo das súmulas vinculantes foi criado com inspiração no Direito norte-americano¹⁰, com base no instituto do *binding effect*¹¹. Os motivos para a instituição da Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro são a insegurança jurídica decorrente de divergências de julgamentos das decisões (fator jurídico) e o custo de reforma dos processos judiciais (fator econômico).

O sistema de controle difuso de constitucionalidade brasileiro não produzia efeitos vinculantes. Em virtude disso, como mencionado, a Constituição de 1934 previu a suspensão pelo Senado da execução de lei considerada inconstitucional em controle difuso. O instituto da suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal continua vigente na CRFB/1988, mas não funcionou como se esperava, pelo fato de que a casa legislativa competente raramente exercia o mecanismo para ampliar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para todos (MENDES, 2004).

Por isso, a adoção da Súmula Vinculante impõe a vinculação a posicionamentos consolidados do STF em matéria constitucional. O objetivo desse instituto é a validade, interpretação e eficácia de normas constitucionais, determinadas para eliminar a controvérsia atual, que acarreta grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos.

Outra alteração de impacto da EC nº 45/2004 foi a exigência da demonstração da repercussão geral¹², pressuposto processual específico, para conhecimento e processamento do Recurso Extraordinário. Trata-se de instrumento relevante para o controle difuso e concreto de constitucionalidade, considerando a estrutura

10 Nos Estados Unidos da América, o controle de constitucionalidade é constituído apenas pelo modelo difuso. Entretanto, o controle difuso norte-americano é dotado de efeitos vinculantes, em razão do sistema de *stare decisis* (precedentes) (MENDES, 2004).

11 *Binding effect* é o efeito vertical do *stare decisis*, impondo a vinculação de tribunais e órgãos jurisdicionais inferiores à decisão proferida (MENDES, 2004).

12 O art. 102, § 3º, da CRFB/1988 estabelece: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

recursal dos procedimentos judiciais no Brasil. É ele que viabiliza o julgamento de matérias constitucionais pelo STF no controle incidental de constitucionalidade. Como pode ser observado, o controle jurisdicional de constitucionalidade no Estado brasileiro teve um avanço significativo, ao mesclar os modelos concentrado/abstrato e difuso/concreto.

A fiscalização da constitucionalidade das leis é a possibilidade de retirar a norma do Direito vigente por um processo especial previsto na Constituição, além da hipótese de revogação da lei pelo processo legislativo usual, com a aprovação e edição de uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori* (norma posterior revoga a anterior). Sem a revogação da lei por outro ato legislativo posterior ou a sua invalidação pelo processo especial de controle de constitucionalidade, ela tem de ser considerada como válida, em face da sua presunção de constitucionalidade (KELSEN, 1998).

Kelsen (1998), apesar de dar preferência ao controle concentrado de constitucionalidade, pela capacidade de gerar decisões vinculantes, reconhece os dois sistemas de proteção da Constituição. O autor expressa a tese de que deve ser evitada a situação de a Constituição conferir competência para qualquer órgão jurisdicional decidir a questão de fiscalizar a constitucionalidade das leis.

No entender do autor e filósofo austríaco, a Constituição só pode outorgar a competência para o controle de constitucionalidade a um único e determinado órgão judicial. Entretanto, caso a Constituição nada estabeleça sobre a competência de quem deve fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem ela confere poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, são os competentes para efetuar o controle de constitucionalidade.

No tocante aos efeitos subjetivos das decisões no controle concentrado de constitucionalidade, as decisões proferidas pelo STF que declaram a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes¹³.

13 É o dispositivo da decisão judicial que fixa os efeitos *erga omnes* e vinculantes do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade (MENDES, 2004).

A decisão de declaração de inconstitucionalidade acarreta as eficácias normativa e executiva. A eficácia normativa é a retirada da norma do sistema jurídico, com base no princípio da nulidade¹⁴, em face do efeito *ex tunc* (retroativo) em sede de controle de constitucionalidade. Essa eficácia é automática, já que a lei não é mais aplicada. Quanto à eficácia executiva, a decisão do controle abstrato de constitucionalidade produz efeitos vinculantes com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta da União, dos estados-membros, dos municípios e do Distrito Federal¹⁵.

Os efeitos vinculantes da declaração de inconstitucionalidade consistem em atribuir à decisão uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais. A eficácia executiva (ou efeito vinculante), acaso não respeitada, tem instrumento processual próprio para impor o seu caráter obrigatório ou cogente, é a medida da reclamação constitucional, prevista no art. 102, I, “I”, da CRFB/1988.

No controle abstrato, a decisão se torna obrigatória, não com o seu trânsito em julgado, mas a partir da publicação da parte dispositiva no Diário da Justiça ou no Diário Oficial da União (art. 28 da Lei nº 9.868/1999). Os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade são, em regra, *ex tunc*, salvo se ocorrer modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade¹⁶.

14 Em virtude do princípio da nulidade, o ato normativo declarado inconstitucional é nulo desde a origem (MENDES, 2004).

15 Art. 102, § 2º, da CRFB/1988: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

16 A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade está prevista no art. 27, da Lei 9.868/99. O instituto da modulação é resultado da ponderação entre o princípio da nulidade e os princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse social. Com o quórum de dois terços do seu colegiado, o STF pode declarar o efeito *ex tunc*, mas não até o início da norma; declarar o efeito *ex nunc* (não retroativo); ou ainda o efeito *pro futuro* (estabelecendo um momento no futuro para que a decisão de inconstitucionalidade produza efeitos, como no caso de uma norma tributária ao ser declarada inconstitucional, mas o Tribunal permite à Fazenda Pública cobrar o

Diante disso, na hipótese de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no processamento e julgamento de uma ADI, ADC ou ADPF, o STF poderá, de ofício, fazer a modulação dos efeitos temporais da decisão de invalidade (ADI 5.617/DF). Os efeitos retroativos da decisão de invalidade da lei ou ato normativo são consequência da teoria da nulidade da lei inconstitucional¹⁷. Dessa forma, o julgamento procedente da ADI ou improcedente da ADC impõe uma declaração de nulidade da norma inconstitucional (BRANCO e MENDES, 2017).

Ainda com fundamento no princípio da nulidade, o STF utiliza duas técnicas processuais de julgamento, a declaração de nulidade com redução de texto total e a com redução de texto parcial. Como há redução de texto total ou parcial, em virtude da declaração de nulidade, a Corte Constitucional do país atua como “legislador negativo” (KELSEN, 1998).

Dessa maneira, a natureza da atividade da jurisdição constitucional do STF, no controle pela via principal de constitucionalidade, é basicamente uma função política de “legislador negativo”, com a declaração de invalidade da norma e a sua consequente retirada do ordenamento jurídico (ADI 2.010-2/DF).

Nos modelos de controle de constitucionalidade de diversos ordenamentos jurídicos, as decisões proferidas em processos de fiscalização de constitucionalidade ficavam adstritas ao binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade. O STF relativizou os

tributo até o fim do ano fiscal. Segundo Gilmar Mendes (2004, p. 299), “os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados, mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas”.

¹⁷ Há certa divergência quanto à natureza do ato normativo declarado inconstitucional. O STF aplica a teoria do Direito norte-americano de que o ato normativo inconstitucional é nulo (ADI 875/DF e ADI 2.727/DF). Todavia, para Hans Kelsen (1998), a norma declarada inconstitucional é anulável, já que precisa de um processo judicial tipificado pela ordem jurídica para impugnar o ato legislativo. O autor afirma que, dentro de uma ordem jurídica, não pode haver nulidade da lei, pois uma norma vigente não pode ser nula, apenas pode ser anulável. A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, é uma norma. Sob este aspecto, a decisão de inconstitucionalidade não tem caráter de ato declarativo, mas sim constitutivo.

efeitos da nulidade do ato normativo declarado inválido, ao utilizar as técnicas decisórias de controle abstrato de constitucionalidade, declaração de nulidade sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição¹⁸.

As técnicas em apreço são aplicadas nas situações de normas polissêmicas ou plurissignificativas, ou seja, nas hipóteses de dispositivos ensejadores de mais de um significado possível, não havendo qualquer redução ou alteração de texto da norma. É a interpretação que sofre alteração com a ocorrência de redução do âmbito de aplicação da norma (ADI 3.685/DF).

Além das técnicas decisórias do controle de constitucionalidade citadas no parágrafo anterior, há outras diversas espécies de decisões que não declaram, com contornos absolutos, a validade ou a invalidade de lei. Essas cláusulas judiciais são chamadas de sentenças intermediárias¹⁹.

Dentre essas decisões, ganha um destaque de especial relevo a sentença manipulativa com efeitos aditivos, a qual alcança hipóteses de incidência da norma deixadas de lado pelo legislador, ampliando o campo normativo da disposição legislativa, submetida ao controle de constitucionalidade. A decisão com eficácia aditiva é mais um

18 É signficante discorrer sobre as diferenças existentes entre as duas técnicas decisórias de controle de constitucionalidade. A declaração de nulidade sem redução de texto somente é usada no controle abstrato de constitucionalidade e seu efeito é eliminar um sentido interpretativo inconstitucional e permitir a produção de eficácia das demais ilações interpretativas. A interpretação conforme à Constituição é tanto uma técnica de decisão judicial, como é um parâmetro hermenêutico ou princípio interpretativo. Como técnica de julgamento, a interpretação permite a aplicação apenas de um sentido interpretativo, o único compatível com a Constituição, e exclui todas as demais conclusões hermenêuticas (ADI 3.685/DF).

19 A terminologia “decisões intermediárias” foi adotada na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, no ano de 1987, e introduzida no Brasil por José Adércio Leite Sampaio (2002). Além das técnicas decisórias destacadas até aqui no presente trabalho, existem outras espécies de sentenças intermediárias, a exemplo da sentença declaratória de inconstitucionalidade progressiva da norma (norma “ainda” constitucional) e a decisão declaratória de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, por meio da qual é feito o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, mas não se declara sua invalidade, pois a sua nulidade ou retirada do ordenamento jurídico gerará mais prejuízos do que a própria norma. É o que acontece com as leis que fixam o valor do salário mínimo (MENDES, 2004).

importante instrumento processual para o Poder Judiciário exercer um papel ativo no exercício da jurisdição constitucional, atuando na construção ou criação do Direito.

Com relação ao controle difuso e concreto de constitucionalidade, o juiz pode, de ofício²⁰, reconhecer a inconstitucionalidade de lei e afastar sua aplicação no caso concreto. Nos julgamentos do incidente de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo por tribunais, em virtude da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97, da CRFB/1988, a declaração de inconstitucionalidade está reservada ao plenário ou órgão especial do respectivo tribunal, salvo se já houver precedente de inconstitucionalidade proferido pelo STF ou pelo plenário ou órgão especial do tribunal²¹.

A eficácia subjetiva da declaração de inconstitucionalidade, no controle incidental de constitucionalidade, abrange apenas as partes (*inter partes*)²². Entretanto, diferentemente do controle abstrato, a

20 O juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade de ofício, desde que observe o contraditório substancial, dando oportunidade às partes de se manifestarem acerca do incidente de inconstitucionalidade. É a aplicação da norma fundamental do processo previsto no art. 10, do Código de Processo Civil (“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”).

21 As exceções à observância da cláusula de reserva de plenário estão dispostas no parágrafo único, do art. 949, do Código de Processo Civil (“os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”). As duas hipóteses de pronunciamento de inconstitucionalidade por órgão fracionário não são tecnicamente decisões de declaração de inconstitucionalidade (BARROSO, 2019). Na verdade, os órgãos fracionários estarão tão somente reproduzindo precedentes já fixados pelo STF ou pelo plenário ou órgão especial do tribunal no qual tramita o incidente de inconstitucionalidade.

22 Os efeitos subjetivos da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso tradicionalmente são *inter partes* (Rcl 10.403). Contudo, há o entendimento de que o STF passou a acolher a teoria da abstrativização do controle difuso. Assim, caso o STF decida pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que no controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia *erga omnes* e vinculante. O papel do Senado Federal, com base no art. 52, inciso X, da CRFB/1988, deixa de suspender a eficácia declarada inconstitucional para dar publicidade ao que foi decidido pelo STF (ADI 3.406/RJ e ADI 3.470/RJ). Apesar do debate travado no colegiado do plenário do STF acerca dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, particularmente, em nosso entender,

análise da questão de inconstitucionalidade é feita na fundamentação e não no dispositivo da decisão judicial. Por fim, os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade no controle difuso são *ex tunc* (retroativos)²³.

Hans Kelsen (1998), como mencionado, alinha-se ao modelo de processo abstrato ou objetivo de constitucionalidade, ao concentrar a fiscalização de constitucionalidade da lei a único tribunal, porém, segundo o autor, a competência do controle de constitucionalidade pode ser facultada a todos os órgãos aptos a aplicar o Direito e especialmente aos tribunais. Reconhece, desse modo, o controle difuso ou subjetivo de constitucionalidade.

Kelsen (1998) também tratou acerca da distinção quanto aos efeitos entre os modelos objetivo e subjetivo de constitucionalidade. Na situação de todo tribunal ter competência para aferir a constitucionalidade da lei, no julgamento de um processo objetivo, a decisão de inconstitucionalidade da lei com a rejeição de sua aplicação deve ocorrer somente em relação ao caso concreto em exame (noutras palavras, os efeitos alcançam apenas as partes do processo subjetivo), permanecendo a lei em vigor para todas as outras situações concretas de incidência da norma, salvo eventual declaração de inconstitucionalidade em outros casos específicos.

Por outro lado, quando o controle da constitucionalidade da lei é reservado a um único tribunal, por meio de julgamento de um processo objetivo, a declaração de invalidade da lei tem eficácia para todos os casos ensejadores de aplicação da norma impugnada (os

ainda não houve alteração dos efeitos da decisão de um recurso extraordinário, pois a discussão técnica sobre a presente temática não foi no julgamento de um caso de controle difuso pela Corte Suprema e sim no bojo do processamento e julgamento de duas ADIs. Entretanto, não há espaço neste trabalho para o aprofundamento deste ponto, em específico.

23 O STF vem permitindo a possibilidade de modular os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade na sistemática incidental de constitucionalidade, observados os mesmos requisitos do controle concentrado de constitucionalidade (RE 586.453). Importante frisar o detalhe de que a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é um instituto do sistema abstrato de constitucionalidade. A possibilidade de sua aplicação no controle incidental de constitucionalidade também decorre do fenômeno da abstrativização dos mecanismos desse modelo.

efeitos da decisão de inconstitucionalidade do ato normativo são para todos ou *erga omnes*) (KELSEN, 1998).

Dworkin (2002, 2003 e 2009) também abordou argumentos muito interessantes para justificar o controle judicial de constitucionalidade. Para o autor, os juízes, não eleitos pelo voto, podem invalidar leis aprovadas pelos órgãos representativos, não havendo nenhum problema de ordem democrática. A legitimidade do *judicial review* está sedimentada em um modelo incentivador da própria democracia e na leitura moral do Direito.

Até aqui foram abordados aspectos teóricos e técnicos do controle de constitucionalidade, passando pela sua evolução ao longo das sucessões das Constituições brasileiras e pela apresentação dos mecanismos processuais aferidores da compatibilidade das leis e atos normativos à Constituição.

Consequentemente, em nosso entender, o modelo híbrido do sistema de fiscalização de constitucionalidade e, especialmente, os efeitos *erga omnes* e vinculantes²⁴ das medidas do controle abstrato são premissas metodológicas e técnicas sobre as quais se viabilizam a permanente construção, avanço e aperfeiçoamento da jurisdição constitucional e a expansão dos poderes do Poder Judiciário na interpretação da Constituição e na proteção e promoção do sistema dos direitos e garantias fundamentais. Toda a sistemática de controle de constitucionalidade do Estado brasileiro é condição necessária para a jurisdição constitucional se expandir, permitindo o ativismo do Poder Judiciário na edificação e afirmação do Estado Democrático de Direito.

Com base na estrutura do processo de constitucionalidade do sistema jurídico-constitucional brasileiro e na moldura do Poder Judiciário, tendo a Corte Suprema do país, precipuamente, a missão de defender a Constituição, a função jurisdicional exerceu uma relevantíssima atividade interpretativa e criativa do Direito, garantindo

24 O instituto da súmula vinculante se insere nessa mesma perspectiva de ser um mecanismo técnico relevantíssimo para o STF realizar sua missão de guardião da Constituição e o maior protagonista na interpretação constitucional.

aos jurisdicionados o exercício de direitos fundamentais e fruições de bens jurídicos-constitucionais que, se dependesse da omissão, morosidade e conservadorismo do Parlamento, com certeza estariam sendo sonogados até o momento presente.

1.3. PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E IMPORTANTES *LEADING CASES* DA POSTURA ATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nos últimos 34 anos, ocorreu uma atuação relevantíssima do Poder Judiciário, em especial do STF, em temas de grande repercussão nos cenários político, social e econômico. É interessante fazer um breve relato do histórico do princípio do acesso à justiça. Certamente, isso nos conduzirá a refletir que esse princípio seria uma das causas motivadoras (não a única) do fenômeno da judicialização nos países democráticos, já que permitiu que os cidadãos tivessem mais acesso ao Judiciário, tendo a possibilidade de ver os seus direitos reconhecidos por um órgão judicial.

Nos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça pelos jurisdicionados era estabelecido apenas por critérios formais, sem nenhuma preocupação de criar mecanismos ou institutos processuais com o objetivo de superar restrições ou barreiras econômicas. Na prática, a prestação jurisdicional era somente obtida por quem tivesse condições econômicas de arcar com as despesas processuais. Consequentemente, a maioria dos cidadãos ficava à margem da tutela jurisdicional do Estado, sem usufruto dos seus direitos, ficando excluídos socialmente e sem efetivo acesso a uma jurisdição que promovesse justiça social, ante o alto custo de propor ações judiciais.

Em paralelo à consolidação do capitalismo como sistema econômico, cresceram as reivindicações de classes e as preocupações de cunho social pautaram as discussões e exigências por um modelo de sistema processual com capacidade de corrigir e superar as desigualdades materiais inviabilizadoras de acesso à justiça, por

cidadãos sem condições econômicas. Diante desse contexto, o direito fundamental da inafastabilidade da jurisdição passa a ter maior amplitude, com a instituição de mecanismos capazes de superar barreiras e viabilizar o acesso democrático de direitos e à justiça²⁵.

Por certo, o princípio do acesso à justiça é uma das causas motivadoras do fenômeno da judicialização da política, no qual o Poder Judiciário é um ator importantíssimo para a resolução de conflitos de alta complexidade e larga amplitude, tratando de temas sociais, políticos, econômicos, omissões legislativas, políticas públicas, entre outros (BARROSO, 2005).

A expressão “judicialização da política” alberga dois sentidos. O primeiro é o da atuação do Poder Judiciário, além de suas incumbências ordinárias, avançando sobre matérias e questões que, em um primeiro momento, são atribuições e competências dos poderes Executivo e Legislativo. A segunda acepção se refere à expansão das técnicas dos procedimentos, do modo de decidir, da linguagem do Poder Judiciário, para além de sua esfera, ao âmbito dos outros poderes (BARROSO, 2005).

O caso da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), órgão do Legislativo, ao incorporar uma linguagem própria do Poder Judiciário,

25 Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 31-73), didaticamente, narraram a evolução dos mecanismos processuais para o alargamento do acesso à justiça fazendo uma divisão em três ondas renovatórias. O primeiro ciclo foi a instituição da assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes financeiros (os autores a chamam de “assistência judiciária aos pobres”) e tem como finalidade a superação do óbice econômico do acesso à justiça. O segundo é atinente à coletivização do processo, com efetivação de medidas que tutelam os interesses e direitos difusos e coletivos em juízo (os autores a denominam de “representação dos interesses difusos”), objetivando contornar a dificuldade do ponto de vista organizacional do acesso à justiça. A última onda dá enfoque na criação de meios para a racionalidade, celeridade e simplificação do processo, além da busca por medidas alternativas de soluções de conflitos (os autores a designam de “acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça, um novo enfoque de acesso à justiça”), até de natureza extrajudicial, como, dentre outros instrumentos, o termo de ajuste de conduta, a mediação, a conciliação, a arbitragem etc. O escopo da terceira onda é ressignificar o acesso à justiça a algo muito mais abrangente do que só a postulação perante os órgãos jurisdicionais. É associar o acesso à justiça a um significado de acesso a uma ordem jurídica justa com mecanismos capazes de solucionar os conflitos com a participação ativa de seus atores.

como, por exemplo, a utilização da expressão “direito de defesa” na dinâmica de seu funcionamento, demonstra a ingerência de instrumentos, técnicas e discurso jurídico na política. Outra hipótese de utilização da expressão dessa segunda faceta é o julgamento do *Impeachment* realizado no âmbito do Senado Federal, no qual os senadores atuam como verdadeiros juízes, usando a linguagem, as diversas técnicas e os procedimentos que são inerentes às atividades jurisdicionais (BARCELOS, 2005).

Os pressupostos motivadores da judicialização de questões políticas, econômicas e sociais decorrem de muitos fatores de contextos históricos e jurídicos experimentados pela humanidade. Quanto aos aspectos históricos, a promulgação de novas Constituições e o processo de redemocratização dos países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial são os principais alicerces para novos paradigmas do Direito Constitucional (BARROSO, 2005).

No campo jurídico, a constitucionalização e positivação de novos direitos e a explosão da litigiosidade permitiram o encaminhamento de demandas em grande volume para as esferas do Poder Judiciário, criando uma cultura de que só o Estado-juiz tem condições de resolver os problemas da sociedade. É a construção do Estado Social a partir da segunda metade do século passado (LIMA, 2013).

No Brasil, a CRFB/1988 é o divisor de águas para o protagonismo do Poder Judiciário na condução e implementação do sistema constitucional garantista de direitos fundamentais. A redemocratização gerou a ampliação de garantias e direitos fundamentais, inclusive os econômicos, sociais e culturais, tanto em nível constitucional, como também a previsão desses direitos na legislação infraconstitucional (LIMA, 2013).

Além disso, a criação de novos instrumentos processuais, de natureza coletiva, como a Ação Civil Pública e as medidas de controle concentrado de constitucionalidade; a instituição de mecanismos de participação política do Judiciário em temáticas de políticas públicas, como as audiências públicas; a criação da Defensoria Pública; a ampliação das atribuições do Ministério Público; e o fortalecimento

das garantias institucionais do magistrado são os fundamentos técnicos e teóricos propulsores da participação dos órgãos judiciais em discussões e litígios coletivos e estruturais²⁶ de cunho político, econômico e social (FARIA, 1994).

A judicialização da política e o papel mais ativo do julgador na aplicação de princípios constitucionais e direitos fundamentais, inclusive protagonizando a criação do Direito, estão entre os principais elementos viabilizadores da concretização da justiça social e do garantismo constitucional. Nessa medida, o Legislador Constituinte de 1988 incumbiu o Poder Judiciário de cumprir essa missão de realizar os direitos fundamentais, inclusive a implementação de políticas públicas, caso os demais poderes fossem falhos ou omissos. Por certo, hodiernamente o sistema jurídico brasileiro reconhece a dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Poder Judiciário, especialmente ao STF (ADPF 45/DF).

Com o Poder Judiciário desempenhando um papel cada vez mais ativo na vida institucional brasileira, a judicialização de questões com grande impacto social e a exploração midiática desses julgamentos aproximaram os órgãos jurisdicionais da sociedade, em especial o STF. A partir dessa realidade, o seu relevante papel exercido na consolidação dos entendimentos constitucionais e das interpretações compatíveis com a Constituição induziu o equívoco de que a última palavra a ser dita sobre as normas constitucionais é da Corte Suprema.

Essa falsa noção de que a prática da hermenêutica constitucional é exclusiva do STF já foi esposada em decisão de medida do controle concentrado de constitucionalidade. Em julgado da relatoria de Celso de Mello (ADI 3.345/DF), ficou consignado que o exercício da jurisdição constitucional, a qual tem o objetivo de preservar o princípio da

26 Litígio coletivo é compreendido como “[...] o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais” (VITORELLI, 2021). Já o litígio estrutural “[...] tem lugar no contexto de uma violação que atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses desses subgrupos de modos distintos, sem que haja, entre eles, qualquer perspectiva social compartilhada” (VITORELLI, 2021).

supremacia da Constituição, evidencia a dimensão de natureza política da atividade institucional do STF, pois, no processo de interpretação constitucional, estrutura-se a prerrogativa de decidir, em última análise, sobre os temas de exegese das normas constitucionais.

Essa perspectiva conservadora de que o monopólio da última palavra em estabelecer o alcance e a extensão das normas constitucionais é do STF decorre da teoria da força normativa da Constituição. Por conseguinte, consagrou-se a tese de que o monopólio da última palavra, em matéria de interpretação constitucional, é do STF (ADI 3.345/DF).

Com efeito, a existência de uma Suprema Corte Constitucional garante à atividade jurisdicional o protagonismo em matéria de filtagem constitucional, exercendo, no âmbito de suas competências, o controle de constitucionalidade dos atos normativos hierarquicamente inferiores à Constituição. A concentração de competência do STF para apreciar e julgar matéria constitucional, além de uniformizar a interpretação constitucional, é importante para garantir a segurança jurídica na aplicação da Constituição, diante da multiplicidade de intérpretes e das controvérsias geradas em torno da hermenêutica constitucional (BENTES, BRAGA e JUSTINIANO, 2018).

Não obstante a interpretação constitucional derivada dos julgamentos proferidos pelo STF, órgão de cúpula da organização jurisdicional do Estado brasileiro com a atribuição eminente de “guarda da Constituição”, ser fundamental à organização institucional nacional, na aplicação das normas constitucionais e definição dos seus contornos e limites para a resolução de problemas fático-jurídicos, na mesma decisão cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, houve a constatação de que a interpretação constitucional pode ser reformulada pelo fenômeno do processo informal de alteração da Constituição, chamado mutação constitucional²⁷ (ADI 3.345/DF).

27 Segundo Luís Roberto Barroso (2010), mutação constitucional é o “[...] mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”.

Diante desse entendimento de alteração material da Constituição, fica evidente que ninguém tem o direito de errar por último na atividade de interpretar a CRFB/1988, pois o próprio STF pode alterar seu entendimento por meio do fenômeno da mutação constitucional, evitando a fossilização e petrificação do Direito. Sobre a fossilização, adiante, serão adicionadas discussões a respeito da vedação de o Direito se submeter a esse processo, a fim de que o equilíbrio entre os poderes e o mecanismo de freios e contrapesos continuem a nortear a República Federativa do Brasil.

Não há dúvidas acerca da contribuição dada pela jurisdição constitucional na afirmação de direitos e garantias fundamentais, na efetividade das normas constitucionais e cumprimento das promessas do Legislador Constituinte Ordinário. Para demonstrar a importância do fenômeno da jurisdição constitucional na construção do Estado Democrático de Direito, conforme a moldura edificada na CRFB/1988, é crucial apresentar decisões paradigmáticas do STF que evidenciam o cumprimento de sua missão constitucional de proteger e promover o sistema de direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, em mandados de injunção, tornaram-se emblemáticas as decisões do STF que, por unanimidade, declararam a omissão legislativa no tocante ao direito de greve de servidor público, constante no art. 37, inciso VII, da CRFB/1998 e, por maioria, determinaram a aplicação, no que coubesse, da lei de greve do setor privado (Lei nº 7.783/1989), inclusive extensivo a todos os servidores públicos, dando eficácia *erga omnes* à concessão da segurança (BRASIL, 2008a, 2008b, 2008c).

A decisão foi fundamental para suprir a mora legislativa do Congresso Nacional em editar a lei específica para o exercício do direito de greve do servidor público, dando efetividade à norma constitucional com a ação injuncional. Contudo, muita discussão acadêmica e jurídica aconteceu quanto à eficácia da decisão do mandado de injunção. Inicialmente, o STF adotou uma posição muito conservadora, com justificativa no princípio da separação dos poderes, de apenas comunicar o ente ou poder responsável pela

edição da norma acerca de sua omissão²⁸, dando os mesmos efeitos da decisão da ADI por omissão, quando a mora legislativa fosse de poder (Mandado de Injunção nº 107/STF).

Depois de sucessivos avanços quanto à eficácia da decisão do mandado de injunção em questão, a maior Corte do Poder Judiciário brasileiro entendeu que ele tem caráter mandamental e não simplesmente declaratório, dispondo que o órgão jurisdicional não pode simplesmente cientificar o órgão competente para normatizar, mas deve, sobretudo, viabilizar o exercício de direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, afastando a inefetividade das normas constitucionais diante de casos concretos.

Então, no julgamento dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712 (BRASIL, 2008a, 2008b, 2008c), o STF aplicou a tese concretista geral para a eficácia da decisão de injunção, estendendo os seus efeitos para todos (*erga omnes*). Para conferi-la ao mandado de injunção, permitindo que o direito fundamental seja exercido no caso concreto, o STF adotou a técnica processual de um modelo de decisão do Direito italiano chamado sentença de perfil aditivo. A atuação do Poder Judiciário é excepcional em matéria de omissões legislativas.

Gilmar Mendes (2021), com amparo no princípio da separação dos poderes, reconhece que a atuação do órgão jurisdicional como legislador positivo somente é permitida quando as decisões aditivas ou modificativas se limitam a integrar ou completar um regime jurídico já previamente previsto e adotado pelo legislador. Assim sendo, o mandado de injunção não viola o princípio da separação dos poderes, constituindo-se em um instrumento harmonizador entre os poderes, de “densificação normativa” e fortalecedor da fundamentalidade dos direitos.

Todavia, o mandado de injunção não produz regras ou leis gerais e abstratas, porque sua finalidade precípua é viabilizar o exercício de

28 A doutrina apontou a adoção da teoria não concretista pelo STF e fez duras críticas ao esvaziamento dos objetivos constitucionais do mandado de injunção (BARROSO, 1993).

um direito subjetivo, de acordo com os critérios estabelecidos pela decisão injuntiva (RIBEIRO, 2003). Ora, a decisão judicial é, por dever do magistrado, proferida com imparcialidade, mediante processo dialético. Diferentemente do legislador, a prestação jurisdicional não pode ser instada de ofício (CAPPELLETTI, 1993).

Com a evolução da jurisprudência brasileira acerca da medida injuntiva do controle concreto e difuso de constitucionalidade, o Poder Judiciário está cumprindo o ideal democrático previsto na CRFB/1988, a qual institucionalizou medidas judiciais para garantir a realização dos direitos fundamentais, inclusive quando as normas constitucionais carecerem de medidas legislativas para sua complementação e produção de todos os seus efeitos.

O mandado de injunção, nessa perspectiva, é uma ferramenta de muita relevância para a justiça constitucional do Estado brasileiro. De resto, o Legislador brasileiro editou a Lei nº 13.300/2016, regulamentando o remédio constitucional do mandado de injunção, e adotou a teoria concretista intermediária²⁹ individual, pois, em regra, os efeitos subjetivos da decisão são *inter partes*, podendo ser conferida eficácia *erga omnes*³⁰, se assim reclamar o exercício do direito vindicado (BEZERRA e MARIN, 2018).

Outra decisão do STF digna de nota é a proferida na ADPF 45/DF. O julgamento dessa medida de controle de constitucionalidade concentrado pacificou o entendimento de que o Poder Judiciário pode implementar políticas públicas ou direitos sociais, em caso de falhas ou omissões dos outros poderes, Legislativo e Executivo. Há muita crítica a essa decisão do STF de que o direito social é insindicável (não

29 É intermediária por conceder um prazo ao órgão inerte para editar a norma regulamentadora faltante, antes de viabilizar, pelo decreto judicial, o direito fundamental negligenciado pela omissão inconstitucional.

30 Os efeitos do mandado de injunção estão disciplinados na Lei nº 13.300/2016: “Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. § 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”.

acionável), por carecer de densidade as normas constitucionais que guarnecem os direitos de segunda dimensão.

Outro argumento de resistência à tese de que o direito social pode ser implementado por determinação judicial é a alegação de falta de legitimidade do Poder Judiciário³¹ para deliberar sobre matérias que estão adstritas a um juízo de conveniência e oportunidade, uma vez que a política pública é implementada por atos administrativos de natureza discricionária. Assim sendo, só os poderes Legislativo e Executivo, os quais têm a legitimidade do voto³², podem exercer o controle do mérito administrativo. Ainda existe outra justificativa quanto à aplicação do princípio da reserva do possível na realização de direitos sociais pela via jurisdicional, haja vista que a matéria atinente à política pública trata especialmente de questões orçamentárias.

O reconhecimento pelo STF de que as políticas públicas podem ser realizadas pelo Poder Judiciário decorre da aceitação de que princípios e direitos fundamentais possuem normatividade jurídica. É a aplicação do ativismo judicial pela Corte Suprema do país. Por conseguinte, política pública é direito fundamental e, como norma constitucional, tem força normativa e eficácia objetiva e subjetiva, decorrendo daí seu caráter cogente, vinculativo e obrigatório de ser observado pelo poder público.

Norberto Bobbio (1982, p. 24) realça que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas o de protegê-los”. A legitimidade, no Estado Democrático de Direito, está fundamentalmente presente no *locus* escolhido pelo titular do poder político³³, o povo. Dessa realidade, o Poder Judiciário tem legitimada

31 Os membros do Poder Judiciário, em regra, titularizam seus cargos por meio do crivo do concurso público.

32 A legitimidade decorrente do voto pode ficar comprometida quando ocorrer um fenômeno mencionado como “volatilidade da legitimidade obtida por vias eleitorais” (FARIA, 1994, p. 28).

33 O povo é o titular do Poder Constituinte Originário, no século XVIII, o abade francês Sieyès, na obra *O que é o terceiro Estado*, erigiu a Teoria do Poder Constituinte (FERREIRA FILHO, 2005).

a sua identidade de poder do Estado brasileiro e a capacidade para concretizar a Constituição, por escolha do próprio órgão constituinte.

Segundo os fundamentos da ADPF 45/DF, o encargo de formular e implementar políticas públicas reside, por excelência, nos poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, o Poder Judiciário, de forma excepcional, poderá ter tal incumbência, quando os órgãos normativos e executivos competentes descumprirem os ônus constitucionais de efetivar e realizar os direitos sociais previstos em cláusulas revestidas de caráter programático.

A dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF, diante de abusividade ou arbítrio estatal, impõe à Corte Suprema a responsabilidade de efetivar os direitos sociais ou direitos de segunda dimensão, sob pena de comprometimento da própria integridade da ordem constitucional brasileira.

A reserva do possível, cláusula de estatura constitucional, realmente é um parâmetro norteador para as escolhas que o Poder Público deve fazer para tornar efetivos os direitos sociais, considerando que os recursos financeiros e orçamentários são escassos e insuficientes para atender a todas as demandas da sociedade brasileira. Entretanto, não se pode deixar de considerar a integridade e a intangibilidade do “núcleo consubstanciador do mínimo existencial” em favor dos indivíduos, quando estiver em discussão a implementação de determinada política pública (ADPF 45/DF).

Com efeito, à luz de casos concretos, os órgãos jurisdicionais devem apreciar as premissas fáticas existentes e ponderar entre a reserva do possível e o mínimo existencial, para decidir se determinado direito social pode ser efetivado por via jurisdicional, diante de omissões inconstitucionais. O juízo a ser realizado pelo Poder Judiciário, no caso de omissão ou falha de política pública, não é de controle do mérito administrativo, mas de um juízo de proporcionalidade. Além disso, segundo a jurisprudência do STF, o princípio da proporcionalidade³⁴

34 A proporcionalidade tem como fundamento de validade o princípio do devido processo legal, em seu sentido substancial ou material. A ideia do princípio é a de que o Poder Público pode atingir os bens jurídicos dos indivíduos, desde que sejam

tem natureza de norma constitucional implícita (BRANCO e MENDES, 2017). Logo, o exame jurisdicional para aferir se determinado direito social deve ser implementado tem natureza de controle de legalidade.

Conclui-se que a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário deve levar em consideração o sopesamento entre reserva do possível e o mínimo existencial, partindo-se da compreensão de que essas cláusulas ou teses, antes de serem contraditórias, são complementares, daí decorre a lógica de que os direitos sociais devem ser realizados com base nos limites orçamentários existentes e deve ser atendido o núcleo do mínimo existencial dos direitos programáticos, com a máxima efetividade dos recursos disponíveis.

Isto posto, a ADPF 45/DF foi uma decisão paradigmática, ao permitir o exercício da jurisdição constitucional pelo Poder Judiciário para concretizar políticas públicas e atacar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, nos casos de omissões constitucionais arbitrárias e abusivas por parte dos poderes Legislativo e Executivo.

Outro momento histórico da jurisdição constitucional do STF foi o julgamento da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ, quanto ao reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar e instituto jurídico relevante para o respeito ao pluralismo jurídico, como fundamento da República Federativa do Brasil. A decisão é uma conquista e um marco fundamental no constitucionalismo brasileiro, ao combater a discriminação em razão da orientação sexual. A decisão consagra ainda a liberdade individual para dispor da própria sexualidade, elevando-a à categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, como consequência da autonomia da vontade do ser humano na escolha do seu modo de vida, em seus diversos aspectos.

A construção da interpretação acerca da união estável feita pelo STF enfatizou que é a norma constitucional do instituto – art. 226, da CRFB/1988 – que se refere a homem e mulher, somente pelo fato de outorgar proteção especial à mulher, além de ter aplicado a técnica

respeitados limites proporcionais ou razoáveis. A positivação dos direitos fundamentais nas Constituições consagra esses limites, constituindo-se em verdadeiras cláusulas de barreira às ações estatais (BRANCO e MENDES, 2017).

da interpretação conforme a Constituição para a compreensão do art. 123 do Código Civil, também para contemplar, a despeito de sua literalidade, a possibilidade de pessoas do mesmo sexo constituírem união estável como entidade familiar.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, estabelecendo o procedimento, nos ofícios de registro civil de pessoas naturais, da habilitação, da celebração do casamento civil e da conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Note-se que um dos fundamentos da norma do órgão censor é exatamente a decisão proferida pelo STF nas ações do controle concentrado em questão e consagrada do direito de pessoas do mesmo sexo constituírem união estável.

Em outro ponto, se não fosse o papel ativo da Corte Suprema em dar guarida e proteção a preceitos fundamentais relevantes de nossa Constituição, não permitindo preconceitos e discriminações, buscando uma interpretação cumpridora dos diversos valores constitucionais e garantidora do respeito às diversidades, até hoje³⁵ as pessoas do mesmo sexo provavelmente não estariam constituindo união estável ou celebrando o casamento, ou melhor, não poderiam ter o reconhecimento de sua união como entidade familiar, em virtude da presença no parlamento brasileiro de representantes de diversos setores conservadores de nossa sociedade.

A ADPF 347/DF trouxe à baila a discussão sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). O STF julgou tanto a cautelar, quanto o mérito dessa medida do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, a qual teve como objeto a política pública do Sistema Penitenciário Nacional.

O ECI ocorre quando se verifica a existência de um quadro-realidade de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais. Ele é causado pela inércia e incapacidade reiterada e persistente de diversas autoridades e atores responsáveis pela formulação de políticas

35 Mais de onze anos após a data (5 de maio de 2011) da prolação da decisão, no bojo da ADI 4.277/DF e da ADPF 132/RJ.

públicas. A solução e superação do quadro-realidade inconstitucional somente se verifica com transformações estruturais decorrentes da atuação do Poder Público e a necessidade de adoção de medidas por uma pluralidade de autoridades.

Há uma “curiosidade técnica”³⁶ acerca da ADPF sob análise, em razão de ter como objeto um quadro-realidade (fatos) e não um ato do poder público e nem uma lei federal, estadual ou municipal³⁷. Outro detalhe importante é o fato de a omissão do Poder Público também ser objeto da ADPF, mas o que se impugnou na medida abstrata em exame foi uma situação fática inconstitucional.

Diante da situação inconstitucional, a Corte Constitucional terá que fixar medidas estruturais voltadas à formulação e execução de políticas públicas. Há a necessidade de outra técnica de julgamento para que o Poder Judiciário tenha uma latitude ampla de poderes, devendo adotar uma postura ativista estrutural. O STF exerce um verdadeiro papel atípico de coordenação e implementação de políticas públicas. Daí decorre uma constatação de que a intervenção da Corte Suprema é essencial para a solução do gravíssimo quadro-realidade inconstitucional a ser enfrentado.

Esse enfrentamento do ECI pelo STF é uma situação excepcionalíssima e relativiza o princípio da separação de poderes, tendo em vista que os poderes Legislativo e Executivo estão submersos em um bloqueio institucional. O ECI é a sistêmica e generalizada violação de direitos humanos. A ADPF 347/DF é de suma importância e relevância por trazer debates ao mundo jurídico de situações de total descaso do Poder Público com a afirmação de políticas públicas.

Como o presente trabalho busca mecanismos aptos a proteger o mínimo ético irredutível de direitos humanos, serão estudados o

36 Expressão de autoria própria, utilizada para justificar uma especificidade do objeto da ADPF 347/DF.

37 O art. 1º, *caput* e o parágrafo único, da Lei 9.882/1999 dispõem que a ADPF tem “[...] por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”, além de admitir o seu cabimento “[...] quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Estado de Coisas Inconstitucional e os contornos técnicos e teóricos da respectiva medida de controle concentrado de constitucionalidade no último capítulo.

No dia 13 de junho do ano de 2019, outra decisão de muita repercussão social e geradora de grande controvérsia entre grupos distintos de pessoas foi a tomada pelo STF, enquadrando a homofobia e a transfobia como crimes tipificados na lei do racismo, ao reconhecer a omissão do legislador em editar lei específica.

Foram julgados o Mandado de Injunção nº 4.733/DF e a ADI por omissão nº 26/DF. Quanto ao julgamento do mandado de injunção, a decisão, por maioria, reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional e determinou a aplicação da Lei nº 7.716/1989 para enquadrar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero como crime entre os tipos penais previstos como discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A ADI por omissão nº 26/DF também foi julgada procedente, por maioria, com efeitos *erga omnes* e vinculantes para declarar a existência de omissão normativa inconstitucional do Congresso Nacional, por não ter cumprido com a obrigação de legislar para observar a proteção penal dos indivíduos do grupo LGBTQIAPN+³⁸, ao não tipificar como crime condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, além de ter cientificado o Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias (art. 103, § 2º, da CRFB/1998³⁹).

38 Reunidos sob a sigla LGBTQIAPN+ estão os grupos populacionais de lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, *queer*, intersexo, assexuais, agêneros, aromânticos, pansexuais, polisssexuais, não-binários e outras possíveis identidades ou orientações da diversidade do espectro da sexualidade humana.

39 Tradicionalmente, os efeitos da decisão da ADI por omissão, quando o legitimado passivo é um poder constituído, são apenas para declarar a mora legislativa e dar ciência ao respectivo poder estatal para a adoção das providências cabíveis, não havendo nenhuma determinação para legislar ou normatizar, em face do respeito ao princípio da separação e independência dos poderes. Esse entendimento tem como fundamento o teor do § 2º, do art. 103, da CRFB/1998: “[...] declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Na decisão, ainda foi dada a interpretação conforme a Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia nos diversos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/1989, em atendimento às determinações de incriminação inseridas nos incisos XLI e XLII, do art. 5º, da CRFB/1998⁴⁰.

Segundo o acórdão da ADI por omissão em apreço, a decisão do colegiado da Corte Suprema foi justificada no fato de que as práticas discriminatórias homotransfóbicas se coadunam como espécies do gênero racismo, na medida em que tais condutas segregam e aviltam a dignidade dos membros da comunidade LGBTQIAPN+. Ademais, os comportamentos discriminatórios em relação à orientação sexual ou à identidade de gênero se amoldam no conceito de discriminação e ofensa a direitos e liberdades fundamentais desse grupo vulnerável.

No aspecto material, ficou assente o descumprimento de norma constitucional cogente e impositiva de realização de ação normativa atribuída ao Poder Legislativo. Com relação aos contornos técnicos processuais, o Ministro Celso de Mello, relator dessa medida de controle concentrado de omissão inconstitucional, tratou dos efeitos da decisão de reconhecimento da omissão, apontando dois caminhos possíveis⁴¹.

40 Os incisos XLI e XLII, do art. 5, da CRFB/1998, dão guarida às normas constitucionais de incriminação de condutas discriminatória e atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais.

41 É pertinente colacionar trecho dos fundamentos do acórdão da ADO 26/DF acerca do enfrentamento da natureza dos efeitos da decisão da ADI por omissão: “Uma vez reconhecida, portanto, a existência de mora imputável ao Congresso Nacional, e tendo presente o contexto que se delineia neste caso (inércia do Parlamento na implementação legislativa de cláusulas veiculadoras de mandado de incriminação), desenham-se, fundamentalmente, as seguintes possibilidades de colmatação do “*vacuum legis*”, a saber: (a) cientificação do Congresso Nacional, para que adote, em prazo razoável, as medidas necessárias à efetivação da norma constitucional (CFRB/1988, art. 103, § 2º, c/c Lei nº 9.868/1999, art. 12-H, *caput*); ou, então, (b) reconhecimento imediato, por esta Corte, de que a homofobia e a transfobia, quaisquer que sejam as formas pelas quais se manifestem, enquadram-se, mediante interpretação conforme à Constituição, na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/1989, em ordem a que se tenham como tipificados, na condição de delitos previstos nesse diploma legislativo, comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável LGBT” (BRASIL, 2013).

O primeiro, dentro da perspectiva conservadora do STF, é no sentido de apenas cientificar o Parlamento para a tomada das providências cabíveis. A segunda solução, segundo o relator, é reconhecer imediatamente o enquadramento da homofobia e da transfobia nos contornos do conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/1989.

O apelo ao legislador também foi enfrentado na ADI por omissão nº 26/DF. Esse instrumento de diálogo constitucional ou institucional não vem sendo eficiente, dado que o legislador tem persistido em estado inconstitucional de omissão normativa quanto às prestações legislativas de sua incumbência, conforme os mandamentos de normas constitucionais programáticas.

Em face disso, o Poder Judiciário teve que se utilizar de procedimentos hermenêuticos para alcançar a interpretação necessária e aplicar soluções nos casos de omissão normativa, para dar efetividade em normas constitucionais carecedoras de complementação legislativa⁴². Para o Ministro Celso de Mello, o processo de interpretação de normas não se confunde com o processo majoritário de produção normativa. Por isso, a atividade de interpretar não significa legislar e não implica em usurpação das atribuições legiferantes dos demais poderes constituídos do Estado brasileiro.

A técnica utilizada para a Lei nº 7.716/1989 albergar as condutas homofóbicas e transfóbicas foi a interpretação conforme a Constituição, não se tratando, de acordo com a construção interpretativa realizada, de aplicação de analogia⁴³. As técnicas empregadas pelo STF, seja a interpretação conforme a Constituição, seja a analogia, não partem de um completo vazio legislativo, mas da adoção de parâmetro normativo preestabelecido, estendendo as

42 É o que aconteceu, por exemplo, com os julgamentos dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712 (BRASIL, 2008a, 2008b, 2008c), tendo o STF aplicado a tese concretista geral para a eficácia da decisão de injunção, estendendo os seus efeitos para todos (*erga omnes*), conforme analisado neste trabalho.

43 Os julgamentos dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712 (BRASIL, 2008a, 2008b, 2008c) utilizaram a analogia para aplicar a Lei nº 7.783/1983, no que couber, com o objetivo de concretizar o direito de greve dos servidores públicos.

normas jurídicas definidas pelo Congresso Nacional para situações com objetos correlacionados ou similares à temática do ato normativo utilizado como referência para o suprimento do vácuo legislativo e a concretização do direito constitucional outrora prejudicado por falta de norma regulamentadora (MENDES, 2021).

Diante disso, em nosso entender, a supremacia judicial na proteção e aplicação das normas constitucionais, com a construção técnica empregada atualmente pela jurisprudência do STF para suprimento de lacunas legislativas, não implica o exercício do papel de legislador ativo pelo Poder Judiciário e nem viola o princípio da separação dos poderes.

No julgamento dessa medida de controle de constitucionalidade das omissões normativas (BRASIL, 2008a, 2008b, 2008c), foi destacada a função contramajoritária a ser desempenhada pelo STF para conferir a efetiva proteção dos direitos das minorias. O exercício irrenunciável da jurisdição constitucional pelo STF na proteção dos grupos vulneráveis concretiza a democracia constitucional e legitima a atuação da Corte Suprema em defesa da Constituição.

Isto posto, o STF, com a incumbência de fazer prevalecer sempre a autoridade e a supremacia da Constituição, tem proferido decisões de natureza contramajoritária em busca da tutela e da intangibilidade de direitos de grupos de indivíduos expostos a situações de vulnerabilidade social, jurídica, econômica ou política. No caso em exame, foram destacados três papéis que uma Corte Constitucional deve desempenhar para afirmação de um Estado Democrático.

O primeiro é o contramajoritário⁴⁴, exercido com a declaração de inconstitucionalidade de uma lei incompatível com a Constituição, mas que resultou de aprovação do Congresso Nacional. O segundo

44 É pertinente destacar trecho do acórdão da ADO 26/DF acerca da função contramajoritária: “Contramajoritário: é o papel que a Corte exerce quando declara uma lei inconstitucional. É chamado contramajoritário porque um órgão cujos membros não são eleitos pode, em nome da Constituição, invalidar um ato legislativo votado pelo Congresso que, supostamente, representa a vontade da maioria. Ex.: no julgamento da ADI 4.815/DF, o STF considerou inconstitucional dispositivo do Código Civil que exigia autorização prévia para a publicação de biografias”.

papel é o representativo⁴⁵, que ocorre quando a corte Suprema atende às demandas da sociedade, com amparo na Constituição, que não foram atendidas pelo processo legislativo majoritário. O último é o iluminista⁴⁶, presente quando a Corte Suprema promove avanços democráticos, a despeito da vontade da maioria. O ministro Celso de Mello adverte que iluminista não é o STF, mas a Constituição.

Diante de todos os aspectos, elementos e fundamentos da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI por omissão nº 26/DF, observaram-se mudanças paradigmáticas na interpretação dos efeitos da decisão da medida do controle concentrado de omissões normativas. Ocorreu uma mutação constitucional quanto aos efeitos da decisão para, além de dar ciência da omissão ao poder competente, desenvolver a aplicação de mecanismos hermenêuticos e técnicos, a fim de viabilizar o exercício de direitos fundamentais ou proteção dos direitos das minorias na própria decisão do controle abstrato da omissão normativa.

Portanto, o julgamento em cotejo é mais um *leading case* da evolução da jurisprudência do STF para a criação de medidas aptas a impulsionar o exercício da jurisdição constitucional na defesa dos valores constitucionais e da força normativa da Constituição.

Os casos de julgamentos do STF, ora examinados, tiveram como objetos direitos e interesses relevantíssimos para a sociedade brasileira

45 O papel representativo está disposto assim: “Representativo: é o papel que a Corte exerce quando tende demandas da sociedade que têm amparo na Constituição e que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Por vezes, circunstâncias diversas ou interesses especiais impedem que o legislativo atue na linha aspirada pela sociedade. Exemplos: o enunciado da Súmula Vinculante nº 13, que proibiu o nepotismo, e o julgamento da ADI 4.650/DF, em que se declarou inconstitucional o financiamento de campanhas eleitorais por empresas” (ADO 26/DF).

46 O iluminista está delineado da seguinte forma: “Iluminista: é o papel que a Corte exerce para promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria. Este é um papel delicado, que só deve ser exercido com grande parcimônia. Exemplos: nos Estados Unidos, o caso *Brown vs. Board of Education*, que declarou inconstitucional a política de segregação racial em escolas públicas; no Brasil, o julgamento da ADI 4.277/DF, que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas” (ADO 26/DF).

e para grupos de indivíduos específicos e, muitas vezes, vulneráveis. As decisões implementaram direitos que, possivelmente, se dependesse apenas dos processos normativos majoritários, estariam até o presente momento sendo sonogados aos seus destinatários, mesmo estando amparados em normas de natureza constitucional.

Além do mais, caso o Poder Judiciário não reconhecesse a normatividade de princípios constitucionais e direitos fundamentais, não se pode imaginar a concretude da Constituição pelos processos majoritários, pois nem sempre a maioria se sensibiliza com os direitos da minoria e, a respeito das políticas públicas, os processos políticos decisórios são sempre controvertidos e sem consenso. Pelo exposto, é inegável a importância da postura ativista do Poder Judiciário, em especial do STF, para garantir a realização de direitos constitucionais e a integridade e intangibilidade da Constituição.

1.4. CRÍTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL E MECANISMOS DE AUTOCONTENÇÃO

A proeminência do STF no exercício da jurisdição constitucional não tem a ver necessariamente com maximalismo judicial, pois em mais de 85% dos julgamentos de ações de controle de constitucionalidade, tendo como objeto leis federais, a Corte decidiu pela validade das normas, preservando a vontade majoritária nelas expressa (MENDES, 2015 apud VICTOR, 2015).

Por outro lado, a atuação do Poder Judiciário em prol da concretização do Estado Democrático de Direito, conforme o arranjo institucional delineado na CRFB/1988, não significa que a atividade jurisdicional está indene de cometer equívocos e excessos na interpretação e aplicação das normas constitucionais e nem de que a função judicial deve ter a palavra final acerca da definição do conteúdo, dos limites e do alcance das normas constitucionais.

À vista disso, é crucial analisar os mecanismos de autocontenção do Poder Judiciário, em especial do STF, e como a jurisdição

constitucional se relaciona com os demais poderes constituídos, quanto à atividade de interpretar a Constituição e dizer o Direito a ser aplicado para solucionar problemas concretos da sociedade brasileira. Nos procedimentos no âmbito do próprio STF, há instrumentos de participação democrática, como a intervenção do *amicus curiae*⁴⁷ e a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional. Essas medidas processuais, desenvolvidas por causa da justiça constitucional, ampliam a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF.

A postura ativista do STF estimula os atores sociais a procurá-lo com mais regularidade para enfrentar e dirimir novos temas de conteúdo moral, como as discussões sobre a união entre pessoas do mesmo sexo, além de participar mais decisivamente do processo político, adotando decisões que refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado (SARMENTO, 2009b).

A participação da sociedade civil no âmbito dos processos estruturais de competência do STF é uma forma de contenção da jurisdição constitucional, em virtude de os membros da Corte terem acesso às opiniões técnicas e fáticas de terceiros. Como a judicialização da política é a transferência de decisões, as quais ordinariamente são realizadas no âmbito das instituições ou poderes majoritários, o Executivo e o Legislativo, aos órgãos jurisdicionais, há alguns riscos inerentes ao funcionamento das instituições do Estado e o exercício do governo.

Questões e elementos de funcionamento e de organização das instituições devem ser analisados, como o respeito ao princípio da separação de poderes e à própria democracia. Inclusive, outros elementos comportamentais merecem avaliações, como por exemplo alguém propor uma ação judicial somente quando pode eventualmente ganhar. Tudo isso tem a ver com aspectos do próprio funcionamento

47 *Amicus curiae* é uma expressão utilizada para designar a participação de terceiro, com o objetivo de subsidiar informações técnicas e fáticas sobre as matérias que são objeto de processos judiciais. Tem previsão na Lei nº 9.868/1999 e no Código de Processo Civil.

do sistema político e da expansão da judicialização da política, ao abrir espaço para resolver conflitos de ordem política, econômica e social com efeitos gerais (*erga omnes*).

Em sistemas políticos altamente polarizados entre governo e oposição, a jurisdição constitucional acaba se transformando em uma oportunidade para que a oposição prossiga o debate, agora na via jurisdicional, mesmo tendo perdido a discussão sobre a temática no processo legislativo. No Brasil, é o que acontece quando os partidos políticos ajuízam muitas ADIs e os parlamentares impetram Mandado de Segurança para trancar pautas com o objetivo de questionar atos das lideranças (LIMA, 2016).

Neste quadro, a judicialização permite a chamada *legal mobilization* (litígio estratégico), constituindo-se na noção de manejo da litigância de forma bastante estratégica para garantir vitórias simbólicas ou garantir um precedente favorável para ampliar a chance do sucesso de uma determinada demanda social (LIMA, 2018).

Uma das relevantes críticas ao sistema de supremacia judicial é a “dificuldade contramajoritária” enfrentada pela noção de controle judicial de constitucionalidade. Há uma verdadeira resistência ao sistema jurídico, por admitir a possibilidade de magistrados sem legitimidade popular, ou seja, não eleitos democraticamente pelo povo, declararem a inconstitucionalidade de leis editadas pelos órgãos eleitos pela população para governar e conduzir o país (BICKEL, 1986).

Entretanto, essa resistência decorrente da ideia de autogoverno pelo processo majoritário é superada pelo nosso sistema jurídico, que confere à Corte Superior do Poder Judiciário a relevante função constitucional de reconciliar ou equacionar o direito da maioria em determinar as escolhas políticas fundamentais e a proteção dos direitos das minorias.

Alexander Bickel (1986) entende que a atividade da Suprema Corte em compatibilizar o princípio democrático e o respeito aos direitos das minorias é permanente, essencial e sem previsibilidade de solução definitiva. A centralidade do problema reside na indagação

de como justificar o controle judicial de constitucionalidade⁴⁸, instrumento não democrático, com um sistema de governo legitimado pela regra da maioria ou por um processo político majoritário.

O jurista norte-americano afirma que as democracias modernas funcionam sem a participação efetiva do povo ou dos eleitores nos processos de tomadas de decisão. Com a dinâmica da vida em sociedade, não há tempo para os indivíduos acompanharem os processos legislativos e administrativos do governo, daí a razão para a democracia representativa⁴⁹. Em seu entender, não há nenhum problema de o sistema democrático permitir a existência de instâncias decisórias constituídas por pessoas ou membros não eleitos para ocupação de seus cargos (BICKEL, 1986).

É importante ressaltar que o controle judicial de constitucionalidade de atos do poder público é excepcional, em respeito ao princípio da separação de poderes. O Poder Judiciário deve utilizar o controle de constitucionalidade das leis com muita prudência, procurando, em regra, respeitar as razões das medidas tomadas pelos membros dos outros poderes. Não pode a complexidade das matérias de escolhas políticas ser ignorada pelos juízes, em especial os membros da Corte Constitucional, devendo a intervenção judicial ser apenas em situações necessárias e sempre de forma razoável e prudente (BICKEL, 1986).

Para o mesmo autor, considerando a amplitude e complexidade das matérias submetidas à Corte Constitucional, devem ser estabelecidos mecanismos de restrição (virtudes passivas) para que a decisão seja proferida. O objetivo das virtudes passivas é atrasar o processo decisório, permitindo que os juízes avaliem de forma mais exaustiva todos os fatos sociais, econômicos e políticos correlacionados ao objeto da demanda, além de permitir maior tempo

48 O estudo do autor foi sobre a legitimidade do *judicial review* no Direito norte-americano.

49 Atualmente, com os avanços da teoria da Administração Pública dialógica, há maior número de instrumentos jurídicos para a efetivação da chamada democracia participativa.

para serem considerados, no julgamento, os argumentos de outros poderes, a opinião pública, demais magistrados e da sociedade civil (BICKEL, 1986).

A centralidade das ideias de Bickel (1986), em nossa percepção, é criar mecanismos de autorrestrição para a prática judicial sedimentada no princípio da supremacia judicial e pela essência do controle judicial de constitucionalidade. Em todo caso, o fato de os tribunais terem, conforme antedito, a dificuldade contramajoritária em sua essência, por ser uma instância que não conta com todo o aparato representativo das instituições majoritárias, está justamente nesse papel contramajoritário uma das grandes contribuições da jurisdição constitucional, que é afirmar a Constituição para a proteção de minorias ou grupos vulneráveis.

No Direito norte-americano, com a forte intervenção da Corte Constitucional nas decisões coletivas, a prática judicial chamada de ativismo judicial, novas perspectivas foram criadas, buscando limitar a Suprema Corte dentro de certas balizas, para evitar a supremacia judicial sem, contudo, inviabilizar a dinâmica do *judicial review*, mesmo que limitada (VICTOR, 2015).

A legitimidade da atuação do Judiciário em matérias de repercussão geral, portanto, deve estar vinculada à identificação de falhas e omissões do poder político, sendo uma função de controle e de fiscalização, caso os poderes Legislativo e Executivo não cumpram com seus deveres constitucionais. Isso significa que os órgãos judiciais, em especial a Corte Superior, só devem agir nas pautas políticas quando os processos políticos majoritários não estiverem funcionando bem.

Nesse cenário, muitas são as tentativas de conter o *judicial review* nas discussões jurídicas acerca do Direito norte-americano. Os debates, as pesquisas e os estudos são no sentido de estabelecer como a conduta jurisdicional deve lidar com questões relativas a controle de constitucionalidade de leis emanadas pelo Parlamento cujos membros estão investidos em legitimidade popular. A crítica à teoria e à prática da supremacia judicial defende uma postura de deferência por parte do Poder Judiciário com relação à atividade legiferante do Parlamento.

Sunstein e Vermeule (2003) questionam a teoria de Dworkin (2006), de que o Direito é compreendido como integridade e adota uma concepção constitucional de democracia, exigindo um tratamento dos indivíduos com igual consideração e respeito. Para os autores, as instituições e seus membros possuem limitações intelectuais e não têm as informações necessárias para justificarem a intervenção judicial, somente quando for imperiosa para a defesa da democracia.

Em nosso entender, Dworkin (2006) se apegua à importância do processo interpretativo a ser realizado pelo juiz, com transparência e competência, sendo indiferente com qualquer excesso cometido pela postura judicial ativista e prática da supremacia judicial.

As capacidades institucionais representam outra questão sobre autocontenção importante para a análise, no tocante à atuação dos tribunais. A atividade jurisdicional gravita em torno de um sistema de separação de poderes estruturado por meio de um aparato orgânico funcional. Nessa organização das funções estatais, o Poder Executivo está talhado para o exercício da atividade de governar, administrar e decidir as políticas públicas, contando com conselhos democráticos, com a participação da comunidade e com pessoal técnico especializado para as eleições das pautas políticas e sociais.

Igualmente, o Poder Legislativo tem uma estrutura para o cumprimento de suas funções de legislar e fiscalizar. A tarefa de fiscalização da atuação dos demais poderes, seja por meio de suas diversas comissões, seja por meio dos órgãos de controle de apoio técnico, como os tribunais de contas, é moldada e preparada para cumprir com a missão de proteger o patrimônio público. Quanto à atividade legiferante, o Parlamento contém a organização técnica com formatos e espaços propícios para debates e deliberações.

Nessa circunstância, a jurisdição constitucional, em respeito ao princípio da separação de poderes, não pode comprometer o exercício da função típica de outro poder. A supremacia judicial se legitima como uma medida de controle para garantir um bom funcionamento das instituições moldadas para as suas respectivas finalidades, da mesma forma que a fiscalização das contas públicas pelo Legislativo

protege o patrimônio público e pretende assegurar a higidez dos gastos públicos dos outros poderes. Os controles recíprocos são possíveis e se fundamentam na essência da separação dos poderes, em busca da tão almejada harmonização.

Daniel Sarmento (2009a) evidencia uma preocupação com a idealização do magistrado ou do intérprete, chamando atenção para as capacidades institucionais dos atores realizadores das atividades interpretativas. Acrescente-se ainda as consequências geradas de decisões do Poder Judiciário sobre matérias de alcance geral, com teorizações causadoras de muitos dissensos entre segmentos da sociedade.

As consequências nefastas de decisões amplamente teorizadas e causadoras de prejuízos à coletividade, em regra, não são diagnosticadas no processo interpretativo que culmina com a prolação judicial (SUNSTEIN, 2010). A preocupação com a teorização das decisões, por meio do exercício de desvelo intelectual e eloquência do raciocínio, afasta, em muitas situações, os órgãos jurisdicionais da grande finalidade ou escopo da atividade jurisdicional de entregar a prestação jurisdicional, almejando a pacificação social.

De acordo com a teoria do minimalismo judicial, o Tribunal Constitucional deve se orientar no sentido de agir somente o necessário para solucionar o caso concreto específico (SUNSTEIN, 2001), evitando ampliar a decisão para questões sobre as quais os juízes não possuem formação técnica adequada, a exemplo da definição de políticas públicas.

Tal prática ocorre no Estado brasileiro, especialmente no julgamento de ações do microssistema processual coletivo e de controle de constitucionalidade, as quais possuem eficácia *erga omnes*, sendo causadoras de tensões entre os diversos segmentos da sociedade brasileira, ao serem julgadas demandas de relevante impacto social. Decisões de amplos efeitos, sobre questões controvertidas e polêmicas, proferidas no momento de pouca maturidade social, tendem a colaborar para a polarização intensa das opiniões opostas, de modo

a fazer segregação entre pessoas de grupos de interesses antagônicos (SUNSTEIN, 2010).

Os princípios, com alto grau de abstração, geram posições consensuais ou convergentes. Entretanto, quando reguladores de situações específicas, geram dissensos e desacordos qualificados e expressivos. Schmitt (2006) denomina os princípios gerais de cláusulas dilatórias ou compromissos dilatatórios. Exemplifica-se com a questão relativa à liberdade de expressão, com a qual há convergência quanto ao seu reconhecimento, e à criação de mecanismos e regras para o controle social da mídia, situação que gerará polarizações e desacordos profundos na sociedade (VICTOR, 2015).

As opiniões sobre o minimalismo jurídico são importantes, ao destacarem os existentes e realistas limites à capacidade de interpretar dos magistrados (SUNSTEIN, 2009), devendo ser consideradas pelos membros do Poder Judiciário em suas posições institucionais. Sem embargo, ao nosso ver, as capacidades institucionais⁵⁰ e os aspectos da teoria do minimalismo judicial não podem utilizados como argumentos válidos para não conceder direitos fundamentais às minorias e aos grupos de indivíduos hipossuficientes.

Para Dworkin (2009), o Direito deve ser visto como interpretação à luz das especificidades do caso concreto. Ao defender a supremacia judicial e, conseqüentemente, o maximalismo judicial, o autor sustenta a legitimidade de uma posição institucional forte para empreender processos interpretativos canalizadores e aplicadores de valores morais, como fundamentos da prática judicial e constitucional. Isso não significa, em nossa percepção, que toda situação complexa ensejará a aplicação de argumentos (DWORKIN, 1978) e nem justificará uma postura sempre ativista da instância judicial.

Outra questão importantíssima é a racionalidade da decisão judicial. O exercício da atividade jurisdicional perante os demais tem sua legitimidade fundamentada na interpretação técnico-jurídica

50 Na prática forense, os juízes não são obrigados a ter conhecimentos técnicos e científicos de diversas áreas. Quando necessário, os julgadores podem utilizar os incidentes processuais de produção de provas técnicas, a exemplo da perícia.

(LIMA, 2013). Em outra medida, é possível fazer uma espécie de classificação ou gradação de ativismos judiciais, conforme o nível de intervenção da atividade judicial na definição de questões políticas e complexas.

Depois, impõe verificar se foram fixados critérios para legislação futura, porque, às vezes, não há declaração de inconstitucionalidade, mas tão somente a fixação de parâmetros interpretativos na decisão para situações aparentemente sem compatibilidade adequada com a CRFB/1988, criando um momento favorável para a intervenção nos processos políticos majoritários definidores das matérias complexas (LIMA, 2013).

À vista disso, para analisar melhor a forma como uma decisão judicial acaba, de algum modo, interferindo nas funções dos poderes, deve-se perquirir se o tribunal, em especial o STF, pronunciou ou não, indeferiu ou não, anulou ou não as atuações do Executivo e do Legislativo. A decisão deve ser avaliada quanto à sua razoabilidade, perquirindo se foi tomada a partir de parâmetros proporcionais (“aceitáveis”), mesmo que seu conteúdo não tenha aceitação por grupos de indivíduos com perspectivas distintas (LIMA, 2013).

Como os tribunais, dessa forma, reconhecem a função e a atividade dos demais poderes, a autocontenção, em nosso entender, é na verdade um elemento integrante da própria jurisdição constitucional. Em muitos casos, os órgãos judiciais decidem por não intervir nas atribuições executivas e legislativas, seja por questões técnicas, seja por questões de compreensão jurídica de que não compete ao Poder Judiciário decidir sobre matérias de conteúdo político, econômico, social e de complexidade técnica (GOMES NETO e LIMA, 2018).

Há uma particularidade muito importante sobre a autorrestrição no sistema jurídico brasileiro, a de que a atividade jurisdicional está vinculada ao princípio da proibição do *non liquet*, o qual determina o dever de o magistrado decidir um caso concreto, mesmo diante de uma situação difícil e sem elementos suficientes para embasar a decisão. Nessa medida, o desenho institucional do sistema constitucional

processual brasileiro⁵¹ espera que os órgãos jurisdicionais enfrentem e apreciam as questões que lhe sejam submetidas de supostas violações ou ameaças a direitos (GOMES NETO e LIMA, 2018).

Por outro ângulo, a autocontenção pode ser dividida em duas modalidades, a material e a formal. A chamada autocontenção material ocorre quando o tribunal decide enfrentar e apreciar o mérito, porém reconhece suas limitações institucionais e não intervém nas questões políticas. Já autocontenção formal é a utilização de argumentos procedimentais pelas instituições judiciais para não decidir o mérito (GOMES NETO e LIMA, 2018) e resolver o processo sem a apreciação do seu objeto.

A autocontenção material é a posição institucional da atividade jurisdicional de respeito às decisões majoritárias e às funções típicas dos demais poderes. Ainda são utilizados como fundamentos o papel do legislador negativo e a doutrina das questões políticas, não competindo ao tribunal, dessa maneira, legislar em substituição ao Parlamento, nem intervir em atos *interna corporis* dos demais poderes ou se imiscuir na discricionariedade da Administração Pública, submetida à reserva de lei (GOMES NETO e LIMA, 2018).

A autorrestrição formal, em outra medida, é utilizada com mais frequência pelas instituições jurisdicionais, em especial pelo STF. Esta Corte, além de não ter condições de decidir todos os processos que lhe são submetidos e de ter muitas demandas paradas nos gabinetes de seus ministros, utiliza-se de técnicas decisórias que rejeitam a admissibilidade e o conhecimento das demandas, efetivando um controle para viabilizar a racionalidade do seu funcionamento.

As decisões formais do STF se consubstanciam em ilegitimidade ativa da parte formal do processo, falta de pertinência temática em sede das ações do controle concentrado de constitucionalidade, controles rigorosos para os processos de competência originária e exigência do requisito da subsidiariedade na ADPF (GOMES NETO e LIMA, 2018).

51 É consectário do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, da CRFB/1998) e ainda está materializado no art. 140, do Código de Processo Civil.

Essa posição institucional do STF de criar cláusulas de barreiras para o conhecimento de ações, em nossa avaliação, não se harmoniza com a nova teoria geral do processo erigida pelo Código de Processo Civil, no sentido de o processo ser um instrumento de afirmação de cidadania e do próprio Estado Democrático de Direito, estando vocacionado para a entrega de uma prestação jurisdicional meritória aos jurisdicionais, em respeito ao princípio da primazia da decisão de mérito (artigos 4º e 6º do CPC).

Outras formas de autocontenção são as estratégias tácitas. São situações nas quais os tribunais: esperam para apreciarem os processos; simplesmente não decidem; concedem uma medida de urgência e esperam para julgar o mérito; não apreciam a liminar durante o procedimento; ou quando em votação, algum julgador pede vistas e o processo não volta mais para a pauta de julgamento. A premissa é deixar os processos sofrerem os efeitos do transcurso do tempo e, depois de um interregno considerável, eles são extintos por perda de objeto, por não ter mais fundamento em virtude da mudança da legislação (GOMES NETO e LIMA, 2018).

Há ainda uma corrente chamada constitucionalismo popular, sustentada na efetivação de um controle do *judicial review* pelo povo, pela avaliação da opinião pública (KRAMER, 2004). Os membros do Tribunal Constitucional ficam submetidos a controles políticos (*impeachment*)⁵², em alguns sistemas jurídico-constitucionais. Também é estratégia dessa teoria a implementação de medida para aumentar o número de integrantes da Corte Suprema⁵³.

No Direito norte-americano, já houve posição contrária à existência e funcionamento do *judicial review* ou a defesa da admissão do controle de constitucionalidade com fraca intervenção jurisdicional.

52 É o caso do Direito Constitucional brasileiro. Os Ministros do STF ficam submetidos ao processamento de crimes de responsabilidade pelo Senado (art. 52, inciso II, da CRFB).

53 O presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt buscou a aprovação da Lei de Reforma dos Procedimentos Judiciais, para a ampliação do número de membros da Suprema Corte, em represália às decisões da Corte resilientes às medidas do seu projeto político-econômico para o país (KRAMER, 2004).

O propósito dos controles políticos de decisões judiciais, na esteira do constitucionalismo popular, é gerar a responsabilidade da função jurisdicional perante o jogo político-democrático das instituições (TUSHNET, 2003a).

As teorias críticas e de autocontenção ou de autorrestrrição apresentadas e analisadas relevam aspectos técnico-científicos e circunstâncias fáticas merecedores de consideração e respeito, em maior ou menor grau, pela prática da supremacia judicial e do controle de constitucionalidade. Não obstante, as teorias de contenção à jurisdição constitucional não podem justificar a inviabilização do controle de constitucionalidade, como já foi defendido por Mark Tushnet (2003), sob pena de inviabilização do exercício da jurisdição constitucional e da proteção do sistema garantista de direitos fundamentais.

As funções estatais devem ser exercidas em prol de efetivar diálogos e interações sobre a interpretação da Constituição, com controles recíprocos e observando limites. O controle de constitucionalidade e a função legislativa são relevantes aparatos democráticos e devem ser exercidos de forma independente e harmônica, sem haver sobreposição de um poder sobre o outro no exercício de suas atividades típicas, em respeito à cláusula da separação de poderes.

Segundo Tushnet (2008), a postura ativa do Poder Judiciário na atividade de interpretar a Constituição não deve ser mais determinante e nem superior a nenhuma outra função estatal. Ocorre que, em outra medida, o autor sustentou a tese *weak form of judicial review*. Sendo assim, para ele, é a decisão de inconstitucionalidade que se curva e se submete a uma possibilidade de reversão por política legislativa aprovada pelo Parlamento.

Isto posto, diversamente do pensamento de Mark Tushnet (2008), não há superioridade da atividade parlamentar sobre a jurisdição constitucional, pois em relação à hermenêutica jurídico-constitucional, o que deve prevalecer é a higidez do regime jurídico constitucional, com o protagonismo do Estado de Direito e o estabelecimento das

regras do jogo, associado a um sistema de proteção e promoção de direitos fundamentais, ou seja, a um sistema de garantismo jurídico, para evitar que tais regras sejam excludentes (BOBBIO, 1982), inviabilizando a fruição de bem jurídicos constitucionais por grupos de indivíduos minoritários.

As relações e interações entre os poderes devem estar vocacionadas para edificar a permanente construção da teoria da Constituição e dos direitos fundamentais, cabendo uma função estatal “reagir” à outra, quando for expedido um ato público (ato administrativo, ato normativo e decisão judicial) descumpridor de preceitos fundamentais da CRFB/1988 e dos tratados internacionais de direitos humanos. Somente desse modo será evitada a “eternização” do ato estatal, haja vista que ninguém tem o direito de errar por último.

1.5. DIÁLOGO INSTITUCIONAL E REAÇÃO LEGISLATIVA À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

No ano de 2021, o plenário do STF, ao julgar o Mandado de Segurança nº 37.760/DF da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, determinou a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da Covid-19 pelo Senado Federal, por se tratar de instrumento de investigação parlamentar de direito público subjetivo da minoria, integrada por representantes da oposição⁵⁴. Preenchidos os requisitos de sua instauração, a CPI deve ser instalada e não pode o Poder Legislativo gerar óbices à sua criação.

As comissões parlamentares de inquérito, nesses termos, configuram direitos político-jurídicos das minorias parlamentares, a quem a CRFB/1998 assegura os mecanismos necessários ao exercício do direito de oposição e à fiscalização dos poderes constituídos, como consequência do arranjo democrático brasileiro. Não deve existir

54 O entendimento do STF no Mandado de Segurança nº 37.760-DF é a ratificação da tese fixada em outro, o nº 26.441-DF, da relatoria do Ministro Celso de Mello.

nenhum juízo discricionário, seja do presidente da casa legislativa, seja do seu plenário.

A instalação da CPI da Covid-19 por força da decisão do STF fez surgir calorosos debates da opinião pública, a qual acaba enxergando essas situações como uma desarmonia entre os poderes e questiona a respeito dos diálogos entre as instituições democráticas, exigindo sempre um funcionamento harmônico. Pergunta-se: essa desarmonia observada pela sociedade como um todo é na verdade uma possibilidade trazida pela teoria dos diálogos institucionais?

Decerto, é fato a existência de um retrato das tensões geradas entre os poderes e a visão da sociedade a respeito do empoderamento do Poder Judiciário desde a década de 1990, como consequência da adoção de uma certa ideia ou um modelo de estabelecer a última palavra sobre conteúdos constitucionais entregue à função jurisdicional. Essas ilações decorrem de interpretações de análises da Fundação Getúlio Vargas (FGV), ao realizar a pesquisa denominada *Estudo da imagem do Poder Judiciário* (FGV, 2019)⁵⁵ e os resultados enaltecem e dão referendo pelos entrevistados ao modelo brasileiro de supremacia judicial.

A pesquisa buscou avaliar a confiança das instituições brasileiras, especificamente o Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, o Poder Executivo, representado pela Presidência da República, e o Poder Judiciário como um todo. O método da investigação foi apontar o percentual dos entrevistados que confiam ou não confiam nas instituições. O maior índice de confiabilidade foi do Poder Judiciário, tendo 52% de credibilidade. A Presidência da República teve o índice de 34% e o Congresso Nacional, 19% (FGV, 2019).

Outra análise realizada pelo estudo da FGV (2019) foi o grau de interferência de um poder sobre o outro. O diagnóstico foi de que 34% dos entrevistados apontam interferência frequentemente entre os poderes e 76% interpretam que a relação entre eles é conflituosa ou desarmônica. Todavia, nessa variável da avaliação, alguns dados

55 A pesquisa foi encomendada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), tendo como objetivo ter um diagnóstico de imagem do Poder Judiciário (FGV, 2019).

são muito interessantes. Na visão dos interrogados, o poder mais interferente sobre os demais é o Legislativo (25%) e o que mais sofre interferência é o Judiciário (28%). Conclui-se, com base na investigação em exame, que a visão da comunidade entrevistada aponta para um interessante grau de confiança das instâncias jurisdicionais e que o modelo de supremacia judicial, no Brasil, não é tão interventor quanto se parece no dia a dia pela opinião pública.

Esse modelo de supremacia judicial, no Estado brasileiro, teve sua consolidação a partir da promulgação da CRFB/1998, conforme já visto no presente trabalho. Diversos aspectos merecem ser analisados, como a teoria normativa da Constituição e, principalmente, apesar de adequado em nossa perspectiva, como o modelo jurídico de postura ativista do Poder Judiciário de proferir a “última palavra” deve ser perquirido e contrastado com os fenômenos paralelos de reações de outras instituições do sistema jurídico brasileiro.

A métrica para a análise das interferências de um poder sobre o outro é o princípio de separação dos poderes. A judicialização da política, a “penetração” do STF em atos internos do Congresso Nacional, a interferência do Executivo na função parlamentar, em alguma medida intervindo na própria escolha da agenda do Parlamento, entre outros cenários, são observados sob a ótica dos limites e da atuação do papel de cada uma das funções, à luz das normas, princípios e regras dispostas na CRFB/1988 (LIMA, 2016).

Diante desse quadro, em maior ou menor frequência, o que se constata é uma análise simbiótica com os seguintes elementos, inerentes à construção do constitucionalismo moderno atinente à separação dos poderes: divisão orgânica, divisão funcional, sistema de garantias dos membros e das instituições e o sistema de freios e contrapesos (COSTA, 2004).

Ressalta-se a verificação de um erro nessa análise das interpenetrações institucionais com base na separação dos poderes, quando a avaliação das divisões das funções estatais parte da origem de seus conceitos e contornos, os quais eram voltados para a orquestração

das cidades antigas⁵⁶, e não encontram substratos fáticos e jurídicos para aplicação no constitucionalismo brasileiro contemporâneo (COSTA, 2004).

Mas a pretensão é seguir uma abordagem crítica relativa à teoria dos diálogos institucionais, a fim de se diagnosticar e apresentar a solução dos problemas institucionais e uma mais adequada interpretação da Constituição por seus diversos atores. É importante aferir qual foi a escolha do sistema jurídico brasileiro quanto à instituição detentora da “última palavra” e, posteriormente, entender como funciona a teoria dos diálogos institucionais e quais são os seus limites. Disto isso, indaga-se: os dilemas de interferências entre as funções estatais são cabíveis no sistema jurídico-constitucional brasileiro? Há observância de limites de um poder para o outro?

Posto isso, a postura ativista das instituições judiciais brasileiras vem sendo “rebatida” pela reação do Legislador de forma sistêmica. No Direito norte-americano, o fenômeno recebe o nome de *public backlash* e pode ser definido como uma resistência da opinião pública contra decisões judiciais, associada a estratégias de evitar o seu cumprimento (SUNSTEIN, 2009). Diálogo institucional, sendo assim, pode ser definido como um embate que se estabelece entre instituições e os poderes da República.

Esses debates ou interações entre os poderes formam os diálogos institucionais. O estudo da expressão diálogos institucionais remete à Constituição canadense, a qual prevê uma cláusula de reversão de decisão judicial, viabilizando a sua derrubada pelo Parlamento, surgindo, diante disso, um cenário em que a instituição judicial leva em consideração esse mecanismo institucionalizado no Direito canadense (VICTOR, 2015).

Conforme mencionado dentro do segundo tópico do presente capítulo, o Estado brasileiro contou com instituto similar em sua Constituição de 1937, art. 96, parágrafo único. O dispositivo

56 Para Motta, Pinheiro e Vieira (2011), o princípio da separação dos poderes explicado pelos estudos de Montesquieu deve ser “mandado às favas” (expressão utilizada pelos autores).

constitucional permitia o Presidente da República, no caso de uma lei ser declarada inconstitucional, instar e submeter o ato legislativo inconstitucional ao Poder Legislativo para, em prol do bem-estar do povo e do interesse nacional, tornar a decisão do tribunal sem efeito e manter a validade e eficácia da lei, pelo quórum de dois terços dos parlamentares.

Em termos de dogmática constitucional, há sempre uma relação muito próxima entre os poderes Executivo e Legislativo e dela surge a conformação do sistema de governo de cada país. Nos sistemas parlamentaristas, há uma maior implicação entre o Chefe do Executivo e o Parlamento, pois o governo é fruto de uma maioria parlamentar preestabelecida. O que resulta, até dada medida, em certa harmonia entre as relações administrativas e legislativas. No presidencialismo, por seu turno, verifica-se uma maior conflituosidade, por não ser exigível a aprovação da condução das escolhas de governo pelo Poder Legislativo (LIMA, 2013).

Relativamente às interações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, deve-se considerar que a CRFB/1988 é uma constituição escrita e rígida, na qual está institucionalizado o controle de constitucionalidade. Em vista disso, na teoria constitucional, levantou-se a premissa de que a “última palavra” sobre a aplicação das normas constitucionais é do STF (art. 102, *caput*, da CRFB/1988).

Todavia, na prática, são constatadas situações reveladoras de que nem sempre prevalece essa prerrogativa do Poder Judiciário de dar a “última palavra” sobre o significado da Constituição⁵⁷. Vem ocorrendo um debate entre a supremacia judicial do STF, ao declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, e o Congresso Nacional, ao reagir imediatamente editando outra norma, no mesmo sentido daquela invalidada pelo controle de constitucionalidade⁵⁸.

57 Esses casos não estão sendo verificados só no Direito Constitucional brasileiro, o efeito *backlash* é um fenômeno constatado em muitos sistemas constitucionais (VICTOR, 2015).

58 No Direito norte-americano, esse tipo de ato legislativo recebeu uma denominação de lei *in your face* (PICKERILL, 2004).

Os legisladores devem cumprir sua tarefa constitucional, de sorte que, se eles entenderem que a Suprema Corte decidiu com amparo em uma interpretação constitucional errônea, devem aprovar a regulamentação legislativa, ignorando a decisão judicial (TUSHNET, 2000). No entanto, não se pode aceitar que o “contra-ataque” legislativo não observa limites e pode disciplinar o objeto da decisão de qualquer modo, sem observar os parâmetros constitucionais do próprio Estado Democrático de Direito.

O fenômeno da reação legislativa está se tornando comum no Brasil e pode ser efetivado de duas formas. A primeira modalidade de reação do Parlamento é operacionalizada pela promulgação de Emenda Constitucional com teor divergente da decisão proferida pela Corte Suprema. A segunda é uma reação meramente legislativa a uma interpretação constitucional dada pelo STF, ou seja, o Congresso Nacional edita uma lei ordinária com conteúdo contrário à tese fixada pela Corte (BENTES, BRAGA e JUSTINIANO, 2018; VICTOR, 2015).

As emendas constitucionais, no processo legislativo brasileiro, podem ser promulgadas sem maiores dificuldades, não sendo necessário atender a requisitos muito complexos, como é o caso da Constituição norte-americana⁵⁹. Quanto à sua extensão, a CRFB/1988 é classificada como analítica, erigindo ao status de normas

59 O artigo V, da Constituição dos Estados Unidos da América, prevê os seguintes termos: “*The Congress, whenever two thirds of both houses shall deem it necessary, shall propose amendments to this Constitution, or, on the application of the legislatures of two thirds of the several states, shall call a convention for proposing amendments, which, in either case, shall be valid to all intents and purposes, as part of this Constitution, when ratified by the legislatures of three fourths of the several states, or by conventions in three fourths thereof, as the one or the other mode of ratification may be proposed by the Congress; provided that no amendment which may be made prior to the year one thousand eight hundred and eight shall in any manner affect the first and fourth clauses in the ninth section of the first article; and that no state, without its consent, shall be d its equal suffrage in the Senate*”. O procedimento de alteração da Constituição norte-americana é mais complexo, uma vez que impõe a necessidade de um quórum de dois terços das duas casas parlamentares ou dos parlamentos dos estados-membros para a convocação de uma Convenção para a propositura de emendas. Estas só valerão como normas constitucionais após a ratificação de três quartos dos parlamentos dos estados-membros ou por aprovações em convenções em três quartos dos entes federativos. O nível de rigor para a aprovação de emendas constitucionais representa uma verdadeira mobilização do país.

constitucionais diversas matérias que poderiam constar na legislação infraconstitucional. Dessa forma, a superação da jurisprudência do STF por meio das normas constitucionais derivadas tem um caminho facilitado.

Quando o Congresso Nacional reage por meio da promulgação de EC, a possibilidade de prevalecer essa espécie legislativa é considerável, pois, para uma norma constitucional derivada ser declarada inconstitucional pelo STF, as alternativas são mais restritas, verificando-se somente no caso de violação das regras constitucionais do seu processo legislativo ou das cláusulas pétreas (art. 60, da CRFB)⁶⁰. Com a aprovação da emenda, o Parlamento praticamente garante a última jogada no campo da interpretação constitucional (ALEXANDER e SCHAUER, 1997; VICTOR, 2015).

Com a aprovação da alteração formal da CRFB/1998, o Congresso Nacional altera o próprio parâmetro constitucional base utilizado nos debates institucionais. Essa reação legislativa é forte e é praticamente um monólogo, uma vez que, em muitas situações, não será possível a interferência por parte do STF para atuar como legislador negativo, por meio do controle de constitucionalidade, remanescendo apenas a invalidação de emendas constitucionais no caso de clara afronta às cláusulas pétreas (BRANDÃO, 2012; MENDES, 2011).

A reação do Congresso Nacional a uma decisão do STF por meio de medidas legislativas simples permite um diálogo maior entre as instituições. Esse diálogo institucional é realizado dentro das atribuições normais do legislador, não havendo uma regularização acerca do momento e como o legislador deve responder ou não à postura ativista do STF. Por definição, o Poder Legislativo é livre para interpretar a CRFB/1998 e editar as leis, não estando vinculado à decisão do Supremo.

60 A reversão jurisprudencial ao efeito *backlash* fica muito mais difícil quando a Emenda Constitucional supera a jurisprudência do STF em relação aos entendimentos proferidos para afirmações de direitos sociais, culturais e econômicos (2ª dimensão dos direitos humanos) e dos direitos difusos e coletivos em sentido amplo (3ª dimensão dos direitos fundamentais).

De acordo com esse cenário, caso a reversão jurisprudencial seja empreendida mediante a edição de outra lei com conteúdo identico ou similar de norma declarada inconstitucional pelo STF, esta pode ser objeto do controle abstrato de constitucionalidade. O STF, sendo assim, poderá realizar a análise de compatibilidade com todas as normas de referência da CRFB/1988, uma vez que a limitação ao procedimento de elaboração de leis possui parâmetros de constitucionalidade mais amplos do que os impostos às emendas constitucionais (BENTES, BRAGA e JUSTINIANO, 2018).

Em outro ponto, quando um ato normativo é editado, ele já nasce dotado de presunção relativa de constitucionalidade, não se admitindo pressupor que o legislador tenha deliberadamente agido para contrariar a Constituição (MENDES, 2012). Consequentemente, aplica-se, no Direito brasileiro, como regra, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos infraconstitucionais.

Contudo, tal presunção somente se aplica à realidade em que um ato normativo, após passar por todas as fases do processo legislativo, insere-se no ordenamento jurídico de forma a inová-lo, criando direitos e obrigações e trazendo, entre seus dispositivos, uma realidade diferente de qualquer outra anteriormente analisada pelo STF. Essa realidade não está contemplada na hipótese de um ato normativo com conteúdo idêntico ou similar ao de outra norma que foi objeto de declaração de inconstitucionalidade, vindo a ser aprovado pelo Congresso Nacional com o objetivo perceptível de superar a jurisprudência da Corte Suprema.

No julgamento da ADI 5.105/DF, a nova lei, caso seja resultado do fenômeno da reversão jurisprudencial, já nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, cabendo ao Poder Legislativo demonstrar a legitimidade da reação legislativa. Nos termos dos fundamentos dessa ADI, a superação das decisões do STF por normas legais obriga o legislador, em nossa compreensão, a incorporar um ônus adicional de argumentar as razões por estar revendo a posição da jurisprudência.

Caberá ao Parlamento, dessa maneira, demonstrar a correção da medida legal aprovada, argumentando que as premissas fáticas e

jurídicas justificadoras do precedente judicial não mais subsistem. Segundo o Ministro Luiz Fux, trata-se de “mutação constitucional pela via legislativa” (ADI 5.105/DF), o que não ocorre quando a superação da jurisprudência se efetiva por EC, uma vez que o Congresso Nacional exerce o papel do Legislador Constituinte Derivado, efetivando a alteração formal da CRFB/1988.

A reversão jurisprudencial, por conseguinte, ocorre quando o Poder Legislativo reage à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo resultante do exercício de sua atividade legislativa típica, por entender que não houve afronta aos valores protegidos pela CRFB/1988. De acordo com a visão parlamentar, as normas constitucionais devem ser interpretadas conforme os anseios contemporâneos da sociedade ou de alguns de seus segmentos (BENTES, BRAGA e JUSTINIANO, 2018).

No campo técnico-processual, a reação legislativa para a superação da jurisprudência do STF tem cabimento e justificativa por escolha do Poder Constituinte Originário quanto aos efeitos dos instrumentos do controle de constitucionalidade. Conforme explicitado com o tópico 1.2 deste estudo, as decisões das medidas do controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos, expedidos pelo Poder Legislativo e pelo poder público em geral, produzem efeitos vinculantes e contra todos (art. 102, § 2º, da CRFB/1988, Lei nº 9.868/1999 e Lei nº 9.882/1999).

A norma do art. 102, § 2º, da CRFB/1988 prevê que os efeitos vinculantes são relativamente “[...] aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”. Observa-se, assim, a não vinculação do Poder Legislativo ao pronunciamento da Corte Constitucional, em sede de controle de constitucionalidade. O STF, de igual forma, não está vinculado às decisões com efeitos vinculantes para que possa, posteriormente, rever seus posicionamentos, levando à alteração da interpretação constitucional (fenômeno da mutação constitucional).

Desse modo, frise-se, o Legislador Constituinte Originário não estendeu os efeitos vinculantes das decisões definitivas nas ações do

controle abstrato de constitucionalidade ao próprio STF e à atividade legiferante. O objetivo foi evitar a fossilização e a petrificação do Direito e o engessamento da jurisprudência constitucional (BENTES, BRAGA e JUSTINIANO, 2018). Por consequência, a sociedade é livre, por meio de seus representantes parlamentares, para reagir contra os pronunciamentos da Corte Constitucional, por meio do mecanismo da reação legislativa para a superação da jurisprudência.

O alcance dos efeitos vinculantes das decisões do controle abstrato de constitucionalidade foi debatido no julgamento da ADI 2.797/DF. O STF tinha editado a súmula nº 394 para estender o foro de prerrogativa de função para julgamento de ações penais para ex-titulares de cargos públicos, com relação aos atos praticados no exercício da função. Posteriormente, o STF alterou seu entendimento, para rejeitar o foro privilegiado por ex-ocupantes de cargos públicos.

No ano de 2002, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.628, estendendo novamente o foro por prerrogativa de função aos atos administrativos dos ex-agentes públicos. Essa nova lei foi objeto de impugnação por meio da ADI 2.797/DF, levando o STF a declarar a sua inconstitucionalidade⁶¹, fundamentando a impossibilidade de uma lei reverter uma interpretação do Tribunal Constitucional, sob pena de incondicionalidade formal e material.

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator da medida, afirmou que, se uma lei tiver sentido contrário a exegese exarada pelo STF, será indubitavelmente inconstitucional, sob pena de inversão da hierarquia normativa e desvinculação do parlamento à CRFB/1988 (VICTOR, 2015). O entendimento do relator apresenta problemas técnicos, pelo fato de a atividade legiferante não estar abrangida pelos efeitos vinculantes das decisões do STF (art. 102, § 2º, da CRFB/1988).

Para Kelsen (2003), toda aplicação de regra jurídica é um consectário de efetividade da norma superior e instituição de norma no nível infraconstitucional. Então, é possível suscitar a incompatibilidade entre a lei nova e a interpretação atribuída pelo

⁶¹ A decisão de inconstitucionalidade foi por maioria e com alguns votos prolatados divergentes (ADI 2.997/DF).

STF à norma constitucional, pois a edição da lei é resultado de uma interpretação da Constituição pelo legislador.

Nas discussões em torno do julgamento da ADI 2.797/DF, o Ministro Eros Grau distinguiu as decisões do STF em dois blocos, um contempla as decisões veiculadoras de meras interpretações constitucionais da Corte e o outro abrange as decisões que efetivamente declaram a inconstitucionalidade de um ato legislativo. Para o ministro, a lei nova pode conferir conteúdos divergentes das interpretações constitucionais do STF, mas não pode fazer isso com relação à segunda situação, pelo fato de o legislador estar vinculado à decisão do controle de constitucionalidade. O entendimento, nessa direção, também tem um equívoco, visto que os efeitos vinculantes da declaração de inconstitucionalidade não atingem o Parlamento, podendo reabrir o diálogo constitucional sobre a matéria subjacente.

O ministro Gilmar Mendes, por seu turno, assevera que a nova lei é fruto da liberdade de conformação do legislador, não podendo o sistema jurídico-constitucional impedir a atuação do Poder Legislativo. Diante do novo ato normativo, o diálogo institucional fica aberto para se aferir a compatibilidade entre a nova lei e o texto da norma superior, não devendo o STF agir reativamente e declarar a inconstitucionalidade sem compreender os fundamentos e a interpretação sufragada pelo Poder Legislativo para a adoção da nova medida legislativa (ADI 2.797/DF; VICTOR, 2015).

Passa-se, neste momento, à investigação dos casos de efeito *backlash* no Brasil. Em outros termos, é possível visualizar, no Direito brasileiro, exemplos de ocorrências do fenômeno da superação legislativa da jurisprudência do STF, resultante da mudança de valores que norteiam a vontade do povo ou de seus representantes no Congresso Nacional.

Um dos casos de muita repercussão de ocorrência do efeito *backlash* foi o julgamento das ADC nº 29/DF e 30/DF e da ADI 4.578/DF. O Ministro Luiz Fux, relator, mencionou expressamente esse fenômeno em seu voto. A propositura das ações em questão visava à avaliação da validade ou não da Lei Complementar nº 135/2010, Lei da

Ficha Limpa, a qual prevê as causas de inelegibilidade, mesmo que ainda não haja condenação penal por sentença transitada em julgado, mas com decisão condenatória em segunda instância.

A Lei Complementar nº 135/2010 é uma reação legislativa à jurisprudência do STF de que não era factível reconhecer a inelegibilidade de candidatos com condenações criminais ainda não transitadas em julgado, com suporte no princípio da presunção de inocência. O STF, superando suas teses anteriores, entendeu a reação legislativa e a Lei da Ficha Limpa como constitucional, por não violar o princípio da presunção de inocência (ADC nº 29/DF, ADC nº 30/DF e ADI 4.578/DF).

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux destaca o efeito *backlash* como um fenômeno oriundo de um forte sentimento de um grupo de pessoas em reação a eventos sociais ou políticos (ADC nº 29/DF, ADC nº 30/DF e ADI 4.578/DF). No julgamento das ações em questão, o relator destacou “a crescente e consideravelmente disseminada crítica, no seio da sociedade civil, à resistência do Poder Judiciário na relativização da presunção de inocência para fins de estabelecimento das inelegibilidades”.

Por fim, essa reação legislativa implicou a reversão da jurisprudência sedimentada na ADPF 144/DF, na qual foi proferida decisão destacando que o princípio do estado de inocência se aplicaria para além do âmbito penal, de forma a não se viabilizar a negativa de registro de candidaturas pela mera existência de antecedentes, sem decisão penal condenatória definitiva.

Como resultado, na tentativa de justificar a mudança do seu posicionamento e de sopesar a aplicação do princípio constitucional do estado de inocência para fins eleitorais com os anseios da sociedade, o STF reconheceu o descompasso entre a sua jurisprudência e a opinião popular e veio reconhecer a validade da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010).

Ainda, em deliberação ocorrida em 6 de junho de 2017, o Congresso Nacional promulgou a EC nº 96, a qual autoriza a prática da vaquejada no Brasil, acrescentando ao art. 225 da CRFB/1988 um

parágrafo que dispõe que “as práticas desportivas e manifestações culturais com animais não são consideradas cruéis”. Determina-se, ainda, o registro da vaquejada como “bem de natureza imaterial” e sua regulamentação por lei, para garantir o bem-estar dos animais.

A EC nº 96/2017 é mais um exemplo de oposição de segmentos da sociedade às decisões do STF. Em outubro de 2016, a Corte julgou inconstitucional a Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, a qual reconhecia a vaquejada como esporte e patrimônio cultural. Como fundamento, a ADI 4.983/CE considerou haver “crueldade intrínseca” aplicada aos animais na vaquejada, afrontando, portanto, o disposto no art. 225, da CRFB/1998.

Após a decisão, o segmento econômico da atividade da vaquejada reagiu, por meio de seus representantes no Legislativo, com a Proposta de Emenda à Constituição (PEC), culminando na promulgação da EC nº 96/2017, apesar de resistências de grupos ativistas defensores da causa de proteção dos animais. Ainda não houve manifestação posterior do STF quanto ao mérito da ADI 5.728/DF, ajuizada pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal, visando à declaração da inconstitucionalidade da norma constitucional derivada em comento.

Espera-se que o STF venha a julgar procedente a ADI 5.728/DF, para declarar a inconstitucionalidade da EC nº 96/2017, considerando, diante do exposto e com o exercício do poder de reforma constitucional, a extrapolação pelo legislador da sua margem de discricionariedade, ao aviltar os limites materiais inerentes à norma constitucional originária inscrita no inciso VII do § 1º do art. 225 (FENSTRSEIFER e SARLET, 2020).

O parágrafo sétimo do art. 225 da CRFB/1988, inserido no texto constitucional pela EC nº 96/2017, violou o princípio do não retrocesso, ao precarizar o regime jurídico constitucional ambiental, notadamente na seara da proteção dos animais (FENSTRSEIFER e SARLET, 2020). Entretanto, em nosso entender, a tarefa não será tão fácil, exatamente pela circunstância de que as emendas constitucionais possuem um crivo mais restrito no campo das invalidações constitucionais. O rol dos

parâmetros de constitucionalidade para o exame de compatibilidade das emendas constitucionais com a CRFB/1988 é mais exíguo.

A declaração de inconstitucionalidade das emendas constitucionais, conforme destacado outrora, somente se procede por violação das regras formais do processo legislativo do art. 60, da CRFB/1988 e das cláusulas pétreas elencadas no parágrafo quarto, do próprio art. 60. Não obstante, houve retrocesso na proteção animal com a EC nº 96/2017 e como o princípio do não retrocesso tem natureza de norma constitucional implícita na jurisprudência do STF, fica a expectativa de o julgamento da ADI 5.728/DF ser procedente, mesmo que isso enseje uma construção hermenêutica mais acurada e hercúlea.

A Lei 13.655/2018⁶², em nossa conclusão, é mais um caso de reação legislativa do Parlamento. Entretanto, nesse caso, às decisões de órgãos controladores da Administração Pública, judiciais ou administrativos. As instituições de controle aplicam princípios constitucionais para avaliar as condutas dos agentes públicos, com base na teoria normativa da Constituição, dentro do contexto do constitucionalismo contemporâneo.

A postura ativista dos agentes controladores, servidores públicos ou juízes está diretamente relacionada a processos interpretativos para definição e aplicação dos conteúdos de conceitos jurídicos abertos e indeterminados contidos nas normas constitucionais, que contêm declarações de princípios constitucionais e de direitos fundamentais. Essa nova visão de aplicação do Direito tem como alicerce a supremacia judicial e a teoria da normatividade dos princípios constitucionais, conforme demonstrado anteriormente neste estudo.

As decisões de controle das atividades da Administração Pública, na prática, declaram as nulidades dos atos administrativos sem considerar os seus efeitos, se importarão em mais prejuízos para

62 As conclusões acerca da Lei nº 13.655/2018 são oriundas de análises do autor em eventos acadêmicos e institucionais.

o interesse público ou não⁶³. A Lei nº 13.655/2018 acrescentou regras de interpretação de direito público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei nº 4.657/1942 –, determinando a análise das “consequências práticas da decisão” (art. 20) pelas decisões de órgãos de controle proferidas com base em princípios constitucionais ou, nos termos da norma em exame, “valores jurídicos abstratos” (art. 20).

A alteração da LINDB é realmente mais uma manifestação do fenômeno da superação legislativa dos precedentes administrativos e judiciais concernentes à aplicação de princípios no âmbito do controle das atividades da Administração Pública. O legislador interpretou e adotou as mudanças legislativas da LINDB tendo uma visão mais realista da aplicação do Direito no dia a dia das atividades administrativas do Poder Público. A Lei nº 13.655/2018 exige uma análise econômica do Direito (MOTA, 2017), para o órgão controlador avaliar as consequências da sua decisão no campo das nulidades do Direito Administrativo.

O legislador teve como finalidade aproximar da gestão pública os órgãos controladores, diante de irregularidades detectadas. Os agentes controladores, ao constatarem uma irregularidade, declaram a invalidade do ato administrativo. Todavia, de igual modo, devem fazer uma modulação dos efeitos da decisão em prol da melhor alternativa concretizadora do interesse público, após a avaliação de premissas fáticas. A LINDB, por fim, dá abrigo à postura ativa do Poder Judiciário e demais órgãos controladores, reconhecendo a normatividade dos princípios constitucionais e de sua efetividade na solução de casos concretos.

Contudo, ao editar a Lei nº 13.655/2018, a reação do Legislador visa impor às instâncias controladoras da Administração Pública, no caso de aplicação de valores jurídicos abstratos e mediante processos

63 É o caso de um contrato administrativo de construção de uma obra, em fase final de conclusão, que vem a ser declarado ilegal ou inválido por algum órgão de controle, por exemplo, por direcionamento da contratação ou superfaturamento dos valores contratados. Aqui é interessante declarar a ilegalidade (não há nenhuma possibilidade de algo contrário), mas encontrar alternativas para a conclusão da obra.

hermenêuticos bem acurados, a consideração, em suas decisões, dos fatos ou das premissas fáticas da situação concreta, a fim de se analisar criticamente as consequências práticas da decisão. Enfim, é uma determinação para permitir no sistema jurídico brasileiro, sem caráter de exclusividade, o pragmatismo ou consequencialismo jurídico.

Em outra medida, o Parlamento brasileiro vem tentando reagir contra a decisão do STF sobre o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF)⁶⁴. Tentativas de respostas conservadoras foram empreendidas nas casas legislativas, destacando-se como primeiro ataque à posição ativa da Corte Constitucional o Projeto de Decreto Legislativo nº 325/2011⁶⁵, visando sustar os efeitos da decisão do STF proferida na ADPF 132/RJ e na ADI 4.277/DF.

A proposição legislativa foi fundamentada nos incisos V e XI, do art. 49, da CRFB/1988, sustentando violação da competência do Poder Legislativo, com a alegação de que a decisão criou obrigações e restringiu direitos. A justificativa da proposta parlamentar destacou que ela somente pode ocorrer por intermédio de lei, em sentido formal e material (art. 5º, inciso II; art. 22, I, da CRFB/1998).

Nos fundamentos do Projeto de Decreto Legislativo nº 325/2011, foi apresentada uma distinção entre as funções judicial e legislativa, dispondo que a atividade de interpretar a lei é atribuída ao Poder Judiciário e do trabalho de criar lei é conferida ao Poder Legislativo. Ademais, o “empreendimento” legislativo explicitou o significado de interpretar (“[...] interpretar significa: dar o sentido, explicar palavra, texto, lei etc.”) e de criar (“[...] criar significa: dar existência, origem, conceber”).

64 A Resolução do CNJ nº 175, de 14 de maio de 2013, a qual regulamenta o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, é fruto do alcance e da transformação da decisão paradigmática do STF relativamente à união estável homoafetiva, consoante o destaque feito anteriormente.

65 O Projeto de Decreto Legislativo nº 325/2011 teve autoria do deputado João Campos, do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) de Goiás.

No entender da proposta parlamentar, o *leading case* da Corte Constitucional ultrapassou os limites da interpretação da norma constitucional e violou o princípio da separação dos poderes. A propositura legislativa, inovando na praxe legislativa, sustentou a viabilidade técnica de suspensão dos efeitos dos atos do Poder Judiciário, com o objetivo de zelar pela preservação da competência de o Congresso Nacional (inciso V, do art. 49, da CRFB/1988, dispositivo usado por analogia no Decreto Legislativo em comento) fazer uso do mecanismo do Decreto Legislativo atribuído ao Parlamento pelo inciso XI, do art. 49, da CRFB/1998.

A justificativa da proposta de medida parlamentar, em análise, mencionou ainda que essa possibilidade de o Congresso Nacional exarar Decreto Legislativo para suspender os efeitos de decisões do Poder Judiciário tem alicerce no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), essência do mecanismo da separação dos poderes proposto por Montesquieu, no período da Revolução Francesa. Por último, a minuta do Projeto de Decreto Legislativo nº 325/2011 expressiu os seguintes termos “para tanto, a Constituição consagra a complexo mecanismo de controles recíprocos entre os três poderes, de forma que, ao mesmo tempo, um poder controle os demais e por eles seja controlado”.

O Projeto de Decreto Legislativo nº 325/2011, ao reproduzir trechos do debate ocorrido na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, enfatizou um conceito de família, restringindo-o às relações entre homem e mulher, como o único a ser acolhido pelo Direito vigente, em respeito às escolhas do Legislador Constituinte Originário. Esse ensaio do Parlamento é uma “clara inquietação” (expressão nossa) conservadora em relação ao ativismo judicial do STF em ampliar os valores constitucionais para todos, em respeito à dignidade, à diversidade e à liberdade de cada indivíduo para a escolha do seu modo de vida.

A exposição de motivos desse projeto legislativo apresenta sentido enfaticamente reacionário à opção adotada pela jurisdição constitucional da alta Corte do Poder Judiciário. Destaca-se a menção

feita aos resultados da decisão do STF na ADPF 132/RJ e na ADI 4.277/DF, atribuindo aos “parceiros homossexuais” a “estabilidade financeira”, além de “direitos básicos conferidos a uma relação familiar”, elencando-os “nome; alimentos; pensão por morte; assistência; adoção; fidelidade; honra; memória; sucessão; e divisão de bens”.

O Projeto de Decreto Legislativo é discriminatório quando, em sua exposição de motivos, expressamente questiona a decisão por ter permitido o enquadramento dos “parceiros homossexuais” na constituição de união estável. Vai além, ao destacar que, nos termos da justificativa do projeto, a partir da decisão do STF sobre a união homoafetiva, os indivíduos homossexuais passaram a ter “direitos básicos” de entidade familiar.

O intuito da proposta parlamentar é restringir direitos (LIMA, 2017). Ignora a premissa fática e jurídica de que aqueles mencionados são de todo e qualquer ser humano, sem cabimento de quaisquer distinções decorrentes de sexo, identidade de gênero, orientação sexual, raça, condição social, religião, posições políticas e filosóficas etc., infringindo o objetivo fundamental do nosso Estado Democrático de Direito de promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos (inciso IV, art. 3º, da CRFB/1988).

O esforço para defender a proposição legislativa em análise chega ao ponto de construir, por analogia, uma solução técnica para ser expedido um Decreto Legislativo com o objetivo de suspender a eficácia de decisão prolatada pelo STF em sede de controle de constitucionalidade e no exercício da jurisdição constitucional. O caminho processual legislativo escolhido não tem, ao nosso ver, nenhum respaldo no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Ora, o Decreto Legislativo como mecanismo de incumbência do legislativo tem como finalidade a suspensão dos atos normativos do Chefe do Poder Executivo que exorbitem os limites do poder regulamentador e da delegação legislativa (inciso XI, do art. 49, da

CRFB/1998). Assim, o Projeto de Decreto Legislativo nº 325/2011⁶⁶ foi uma medida erigida com o propósito de se criar uma alternativa legislativa para atacar decisões judiciais e inviabilizar a produção dos seus efeitos.

Assim sendo, não há plausibilidade jurídica ao se utilizar de Decreto Legislativo para sustar⁶⁷ os efeitos de uma decisão judicial, a qual só pode ser impugnada ou atacada por recursos judiciais ou medidas processuais disciplinadas na legislação e no sistema processual brasileiro. A atecnia é latente na medida proposta, ao ponto de dar destaque, nos fundamentos da justificativa, à eventual anulação de todos os atos decorrentes da decisão de reconhecimento da união homoafetiva como *modus* de entidade familiar e de união estável, acaso aprovado o ato legislativo.

Em suma, a mesa diretora da Câmara dos Deputados devolveu o referido projeto, por entender que o seu conteúdo é evidentemente inconstitucional⁶⁸. A decisão foi recorrida, mas como não teve apreciação durante a legislatura, o projeto foi arquivado. Porém, no ano de 2015, a proposta legislativa foi desarquivada e, em 2019, com o

66 O texto do Projeto de Decreto Legislativo nº 325/2011 contém apenas dois dispositivos, constando no art. 1º os termos a seguir transcritos: “Art. 1º **Suspende-se a execução da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 e 178**, que reconhece união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, **restando sem eficácia todos os atos dela decorrentes**” (grifos nossos).

67 O Projeto de Decreto Legislativo nº 325/2011, em sua exposição de motivos, menciona até a anulação de todos os atos decorrentes da decisão na ADPF 132/RJ e na ADI 4.277/DF, se, porventura, for editado. Essa afirmação de anulação dos atos da decisão do STF é descabida, pois não se confunde a suspensão de eficácia do ato com a sua anulação e, saliente-se, com fulcro no art. 49, inciso V, da CRFB/1988, que a sustação dos efeitos pelo Decreto Legislativo é de atos normativos e não de decisões judiciais.

68 O arquivamento do Projeto de Decreto Legislativo nº 325/2011 foi fundamentado no art. 137, § 1º, inciso II, alínea “b”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 137. Toda proposição recebida pela Mesa será numerada, datada, despachada às Comissões competentes e publicada no Diário da Câmara dos Deputados e em avulsos, para serem distribuídos aos Deputados, às Lideranças e Comissões. § 1º Além do que estabelece o art. 125, a Presidência devolverá ao Autor qualquer proposição que: [...] II - versar sobre matéria: [...] b) evidentemente inconstitucional”.

término de mais uma legislatura, foi novamente arquivada. Contudo, outra vez foi desarquivado, a pedido, e está aguardando tramitação.

A insistência na tramitação do projeto provavelmente não gerará resultados, uma vez que o Decreto Legislativo não é a espécie legislativa adequada para veicular a reação do Parlamento contra a jurisprudência do STF. A superação de uma interpretação constitucional do STF pela reação do Legislador⁶⁹, de acordo com as modalidades de processo legislativo de competência do Congresso Nacional e de suas casas, somente pode ser executada por Emenda Constitucional ou por Lei Ordinária ou Complementar⁷⁰, no último caso, a depender dos espaços de reserva legislativa estabelecidos pelo Poder Constituinte.

Por outro lado, caso a reação legislativa à decisão do STF seja efetivada, ou por emenda à Constituição, ou por lei (ordinária ou complementar), não restará outro caminho a não ser submeter a medida legislativa aos instrumentos do controle de constitucionalidade, a fim de que o STF continue cumprindo e expandindo sua função institucional de garantir direitos fundamentais das minorias e dos grupos excluídos.

Eventual reação refratária do Legislador para excluir a união homoafetiva do amparo constitucional e legal do instituto da união estável implicará na declaração de nulidade de medida legislativa que vier a ser aprovada neste sentido, por violação a diversos direitos, notadamente ao princípio da dignidade humana, à liberdade sexual e ao direito à vida, todos cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, da

69 A reação legislativa às decisões judiciais, ao nosso ver, não está reversada unicamente ao Poder Legislativo, mas a todo poder, órgão ou instituição com capacidade de exercer atividade legiferante, como é o caso do Chefe do Poder Executivo, no tocante às Medidas Provisórias (art. 62, da CRFB/1988) e às leis delegadas (art. 68, da CRFB/1988).

70 A lei complementar é um veículo de reação legislativa, exatamente com os mesmos fundamentos da lei ordinária. O que as distingue é apenas o quórum de aprovação (maioria absoluta para a lei complementar e maioria simples para a lei ordinária). Ambas as medidas legislativas possuem a capacidade de inovar na ordem jurídica. Por fim, a lei complementar não é mencionada como um mecanismo veiculador e materializador do fenômeno do efeito *backlash* na literatura brasileira, mas sua utilização é factível para implementar ação legislativa contra a supremacia judicial do Poder Judiciário.

CRFB/1988). Dessa maneira, o ato legislativo deverá ser invalidado por inconstitucionalidade material.

Com isso, a Corte Constitucional deve declarar a invalidade da norma futura, acaso editada para superar a interpretação constitucional sufragada na decisão da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, permitindo o reconhecimento, sem interrupção, da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e amparada nos contornos legais e jurídicos da união estável (art. 226, § 3º, da CRFB/1988; e art. 1.723, do Código Civil).

A despeito de a decisão sobre união estável homoafetiva ter gerado uma expressiva mobilização⁷¹ de grupos conservadores (LIMA, 2017; POST e SIEGEL, 2007), cabe ao Tribunal Constitucional⁷² exercer sua posição de guardião dos direitos fundamentais e, no exercício da sua função contramajoritária, deve refutar todas as reações conservadoras sobre o tema, se eventualmente forem aprovadas medidas legislativas no Parlamento brasileiro.

Outra matéria de relevante debate social, judicial e acadêmico é o caso da descriminalização do consumo da maconha. O *leading case* é o Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, o qual está pendente de julgamento, mas já consta com três votos favoráveis⁷³ pela

71 Outros projetos parlamentares foram instados com a finalidade de ataque direto ao julgado do STF. O Projeto de Decreto Legislativo nº 495/2011 visava a convocação de um plebiscito para formular consulta popular, no sentido de aferir se o brasileiro reconhecia a união homossexual como entidade familiar, tendo sido arquivado por não ter conseguido o número de assinaturas necessárias para a sua propositura. Existe uma outra tentativa de reversão da decisão do STF, é o Projeto de Lei (PL) nº 6.583/2013. Este projeto tem como objeto o chamado Estatuto da Família e restringe o conceito de entidade familiar às relações entre homem e mulher. Nele, não há nenhuma menção expressa sobre o intuito de confronto à postura ativista do STF, entretanto, os debates legislativos revelam a pretensão conservadora do projeto (LIMA, 2017). O projeto de lei em questão continua em tramitação, aguardando futuros encaminhamentos.

72 Representantes de setores ativistas da sociedade brasileira no Congresso Nacional estão envidando esforços (propondo o PL nº 580/2007, o PL nº 5.120/2003 e o PL nº 4.004/2021) para os temas de união estável homoafetiva e casamento gay terem, além da proteção da decisão do STF, o disciplinamento em normas jurídicas.

73 Os votos favoráveis pelo provimento do Recurso Extraordinário em comento são dos Ministros Gilmar Mendes (Relator), Luís Roberto Barroso e Edson Fachin. O processo se encontra concluso para o Ministro Alexandre de Moraes, aguardando pedido de pauta para a continuação do julgamento.

discriminação do uso da *cannabis sativa*. As posições dos julgadores estão na defesa de um posicionamento liberal e de uma esfera de autonomia individual para o porte e o consumo pessoal da droga.

No debate do julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso (SCHREIBER, 2015) defendeu a inconstitucionalidade da criminalização do porte da maconha para consumo próprio, porém enfatizou uma preocupação explícita com relação ao efeito *backlash* e, em face disso, sua decisão foi influenciada para deliberar sobre a liberação apenas do uso da maconha e não de todas as demais drogas. Houve uma nítida cautela e estratégia de alinhar as decisões do STF às possíveis reações da sociedade em prol de evitar a superação da jurisprudência pelo fenômeno *backlash* (SCHREIBER, 2015).

Consoante às análises do quarto tópico do presente capítulo, essa posição institucional de deliberar ou não sobre temas complexos, de modo a aguardar momentos oportunos para a intervenção judicial, especialmente quando a questão política ou social ainda está tendo desdobramentos na sociedade e não está amadurecida na consciência coletiva (KLARMAN, 2011), funciona como contenção judicial em situações de incerteza, ao se esperar aceitação da opinião pública. É uma atuação do Poder Judiciário com base na teoria minimalista (SUNSTEIN, 2001).

A situação examinada enseja certa complexidade referente à avaliação de estratégia para a deliberação judicial, quanto ao momento oportuno e à conveniência de intervir ou não sobre o problema objeto da ação ou medida constitucional (SUNSTEIN, 2001). Em outras palavras, os parâmetros catalisadores da agenda política ensejadores serão critérios a serem aferidos para a decisão judicial ser prolatada ou não, a fim de evitar a reação da sociedade sobre pautas sensíveis.

A estratégia executada no julgamento (em andamento) do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP para descriminalizar, em um primeiro momento, unicamente o porte para consumo próprio da maconha e, após a avaliação da retaliação ou não do Legislador no jogo da arena política, pensar em avançar na política de descriminalização dos demais entorpecentes ilícitos, está inserida em um contexto de

preocupação institucional verificada em outros sistemas jurídicos, como no modelo de supremacia judicial norte-americano (EPSTEIN e KNIGHT, 1998).

Os juízes devem agir com cautela em suas decisões para alcançar as finalidades institucionais da função judicial, atrelando suas posições às escolhas dos membros de outros poderes, com o intuito de evitar constrangimentos dentro de um contexto interinstitucional. Com base nesse tipo de atuação do Poder Judiciário, adota-se o modelo estratégico da função judicial, ao se ocupar de levar em consideração a métrica de eventuais constrangimentos institucionais, sociais e políticos decorrentes de condutas decisórias dos magistrados (EPSTEIN e KNIGHT, 1998).

Enfim, o ponto culminante e relevante para o nosso estudo, quanto ao julgamento em andamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP, é de que houve o reconhecimento de que a superação legislativa da jurisprudência faz parte da dinâmica da interpretação constitucional e deve ser considerada pelas instâncias judiciais. Há muita expectativa para a conclusão desse julgamento pelo STF, o que provavelmente suscitará muito debate e tensão entre os diversos segmentos da nossa sociedade plural. Possivelmente será mais um caso judicial sobre o qual incidirá o fenômeno *backlash*.

No ano de 2011, foi iniciada na Câmara dos Deputados a PEC nº 33/2011, com a pretensão de alterar significativamente o sistema de controle de constitucionalidade do Brasil. Essa proposta de atualização formal da CRFB/1988 recebeu críticas fortes da comunidade jurídica do país, ao ter como objetivo alterações de aspectos determinantes do funcionamento do modelo de supremacia judicial e de jurisdição constitucional do nosso Estado Democrático de Direito.

O primeiro aspecto de alteração pela PEC nº 33/2011 era a proposta de ampliar o critério para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, elevando o quórum de maioria absoluta para 4/5 (quatro quintos) dos votos dos membros do Tribunal

(art. 97, da CRFB/1988⁷⁴). A segunda alteração proposta igualmente buscava alterar o quórum para 4/5 (quatro quintos) quando da aprovação das súmulas vinculantes pelo STF e permitir o controle do Parlamento sobre o mecanismo destas, entre outros aspectos de mudanças e acréscimos relativamente ao teor do art. 103-A, da CRFB/1988⁷⁵.

A última proposição de alteração pretendida pela PEC nº 33/2011 era a criação de um instrumento de controle legislativo e popular sobre as decisões de declaração de inconstitucionalidade material das emendas constitucionais. Assim, os efeitos vinculantes e *erga omnes* das decisões do STF reconhecedoras de inconstitucionalidade de normas constitucionais derivadas só podiam ser produzidos após deliberação favorável do Congresso Nacional e, em caso de manifestação legislativa desfavorável, a decisão seria encaminhada para uma consulta popular sobre a controvérsia constitucional⁷⁶.

Não obstante essa PEC ter sido arquivada, sua proposição foi uma tentativa contundente de conter a expansão da jurisdição constitucional do STF e da judicialização de questões políticas, sociais e econômicas. A PEC em cotejo aspirava a criação de mecanismos de controle parlamentar e político das interpretações constitucionais oriundas do controle concentrado de constitucionalidade e de todas

74 Com base no art. 1º da PEC nº 33/2011, o art. 97, da CRFB/1988 passaria a ter a seguinte redação: “Somente pelo **voto de quatro quintos** de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público” (grifo nosso).

75 O *caput*, do art. 103-A, da CRFB/1988 (art. 2º da PEC nº 33/2011) ficaria com o texto a seguir: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante **decisão de quatro quintos** de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, **após aprovação pelo Congresso Nacional**, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (grifos nossos).

76 Seria acrescentado o § 2º-A, entre outros, ao art. 102, da CRFB/1988, com o seguinte teor: “§ 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal **não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular**” (grifos nossos).

as outras medidas constitucionais de competência do STF geradoras de efeitos vinculantes às demais instâncias do Poder Judiciário e aos órgãos da Administração Pública direta e indireta da União, estados-membros, municípios e Distrito Federal.

No contexto de um sistema de supremacia judicial, as demais funções estatais podem agir de diversas maneiras quanto ao “enfrentamento” de uma decisão judicial. Quando o ato judicial é aceito e cumprido, o ator institucional está observando os pressupostos epistemológicos da teoria jurídica. Todavia, foi outro o caminho adotado pela PEC nº 33/2011. Trata-se de uma investida de reação legislativa de muito impacto sobre o Estado Democrático de Direito, o que desnaturaria todo o sistema jurídico constitucional erigido pelo Poder Constituinte Originário.

Desse modo, o *modus operandi* utilizado pela iniciativa legislativa da PEC nº 33/2011 foi reagir (*overturn*), pela via solene da Emenda Constitucional, para atacar a própria Corte Constitucional e não suas decisões ou interpretações, com o desígnio de reduzir suas competências ou seu poder (LIMA, 2013). A PEC em destaque foi uma hipótese radical de reação legislativa, com a aspiração de reduzir e conter os efeitos dos mecanismos do processo constitucional de competência do STF e, conseqüentemente, atingir os seus poderes no exercício do ativismo judicial.

Caso a PEC nº 33/2011 fosse aprovada e promulgada, o regime jurídico constitucional seria comprometido e inviabilizaria o garantismo constitucional institucionalizado na CRFB/1988. Por conseguinte, o STF pode cometer erros no exercício da atividade de interpretar a Constituição, sendo válida a reação legislativa, em alguns casos, desde que sejam observados limites, mas não pode atacar os alicerces da democracia brasileira.

As resistências ao Poder Judiciário e à tese contramajoritária atingiram o seu apogeu até o momento, em nosso entender, ao ser apresentada uma proposta de alteração da CRFB/1988 (PEC nº 50/2023), permitindo que o Congresso Nacional seja uma instância revisora das decisões do STF, inclusive com poder de anular as decisões da

Corte Constitucional. Esse é o cenário da dinâmica dos diálogos institucionais no Brasil, em que se verifica uma disputa por espaços de quem tem a capacidade de dizer o Direito. Contudo, esse embate entre o Legislativo e o Judiciário não resulta, em muitas situações, de uma preocupação por concretizar a CRFB/1998, mas de franco movimento de desconstrução do processo de afirmação de direitos humanos e fundamentais.

O efeito *backlash* é um fenômeno importante para a afirmação da democracia no Estado brasileiro e está inserido na dinâmica do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), mas seu alcance, seus efeitos e seus limites não podem ser interpretados a partir da leitura empreendida por teóricos iluministas do século XVIII (MOTTA, PINHEIRO e VIEIRA, 2011). É preciso compreender a reação legislativa dentro de um contexto do constitucionalismo contemporâneo, o qual tem diversos aspectos teóricos, jurídicos e técnicos que não podem ser ignorados e nem suprimidos por meio de investidas de alterações formais da CRFB/1988.

Além das reformas realizadas por processos legislativos, existem as possibilidades de ataques implícitos aos demais aspectos institucionais da atividade judicante, como a redução de orçamento e até o descumprimento de uma decisão, fazendo os tribunais perderem a sua autoridade, ao longo do tempo (LIMA, 2013). Esses mecanismos são levados em consideração pelo STF e, nesse jogo político, há uma avaliação de oportunidade e conveniência para ser ativista ou para atuar de forma autocontida.

Especificamente quanto ao STF, a Corte leva em consideração, em muitas oportunidades, as deliberações dos processos majoritários do Poder Legislativo. Portanto, os diálogos institucionais ou os acordos típicos do processo político são inerentes ao próprio exercício da jurisdição. O fato é que os tribunais e os juízes são atores estratégicos e isso torna os diálogos constitucionais mais frequentes (LIMA, 2013).

No Brasil, os diálogos institucionais são operacionalizados buscando o equilíbrio entre as funções legislativas e judiciárias. Neste sentido, em muitas oportunidades, ao exercer sua atividade de legislar,

o Congresso Nacional considera as decisões do STF e a Corte também tem deferência pela atuação do Parlamento em várias ocasiões, a exemplo da utilização de sentenças manipulativas no controle de constitucionalidade, sem se circunscrever ao binômio procedência ou improcedência da ação⁷⁷ (LIMA, 2013).

Os diálogos institucionais representam verdadeiros instrumentos de harmonização e controles recíprocos entre as funções estatais, em respeito ao princípio da separação de poderes (art. 2º, da CRFB/1988). Nenhuma instituição tem a prerrogativa de errar por último na atividade de interpretar a Constituição e de realizar ou efetivar os direitos e garantias fundamentais, evitando-se a petrificação e fossilização do Direito.

Dworkin (1978), ao fazer a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, separa didaticamente as atribuições da supremacia judicial e da atividade parlamentar. Desse modo, para o autor, é possível sustentar a habilitação do Poder Legislativo para legislar sobre matérias políticas, enquanto os juízes poderiam declarar inconstitucionalidade das medidas legislativas violadoras dos direitos morais dos indivíduos.

Por isso, as teorias da supremacia judicial e do efeito *backlash* fazem parte do escopo da cláusula do Estado Democrático de Direito e não devem representar um processo dialógico de medição de forças e de um jogo de disputa para ver quem deve ter a prerrogativa de dar a “última palavra” sobre questões sensíveis da sociedade brasileira. O que se defende é o reconhecimento da relevância e da validade do controle de constitucionalidade e de seus limites, sem deixar de valorizar o papel dos agentes eleitos pelo povo, em respeito ao princípio democrático.

⁷⁷ É o caso do emprego da técnica de julgamento da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, manter o ato legislativo impugnado, com a aplicação da técnica interpretação conforme a Constituição.

De antemão, os diversos precedentes de reversão legislativa⁷⁸ de decisões do STF, seja por Emenda Constitucional ou por Lei Ordinária, desautorizam qualquer concepção de existência de última palavra na aplicação das normas constitucionais (ADI 5.105/DF). Nenhuma interpretação constitucional, seja pela via legislativa, seja pela via judicial, pode descumprir a Constituição e nem ter a eternização do seu entendimento, sem possibilidade de reversão (legislativa ou judicial). A teria dos diálogos institucionais, portanto, admite o ativismo do Legislador nos limites dos balizamentos constitucionais.

Acontece que, em muitas situações, a reação legislativa, com natureza conservadora e retrocessiva na proteção dos direitos fundamentais, quando operacionalizada por Emenda Constitucional, não será tão facilmente impugnada pelos instrumentos processuais do controle de constitucionalidade. A arguição de inconstitucionalidade da norma constitucional derivada se dá somente quando forem violadas as regras do processo legislativo (art. 60, da CRFB/1988) ou quando se atingirem as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CRFB/1988).

No caso de emendas constitucionais veiculadoras de políticas legislativas retrocessivas na proteção de direitos sociais, econômicos, culturais ou de natureza difusa e coletiva (por exemplo, retrocessos na política ambiental), a construção de interpretações constitucionais para a invalidação das medidas legislativas redutoras da proteção desses direitos fundamentais será mais dificultosa ou até improvável para alcançar o resultado das declarações de inconstitucionalidades. Um dos caminhos possíveis será a alegação de violação do princípio do não retrocesso⁷⁹, o que ensejará um trabalho hercúleo do ponto de vista argumentativo.

78 Muitos casos de reação legislativa à postura ativa do Poder Judiciário foram verificados na Teoria dos Diálogos Institucionais no Brasil. No presente trabalho, só foram observados os casos de maior repercussão na comunidade jurídica e/ou aqueles que possuem nuances técnicas diferenciadas, conforme crivo acadêmico e científico do autor.

79 Para o STF, o princípio do não retrocesso tem natureza de norma constitucional implícita (ADPF 5.083/DF).

A reação legislativa, portanto, é uma prática válida na dinâmica da interpretação constitucional, quando exercida com medidas adequadas e observando os limites constitucionais. No entanto, quando a superação legislativa das decisões judiciais tiver o objetivo de diminuir a proteção de direitos fundamentais, dando ênfase a uma reação conservadora, e for difícil ou até improvável uma reversão por meio da jurisdição constitucional (pelo controle de constitucionalidade e pela proteção das cláusulas pétreas), o presente estudo almeja construir uma teoria de que limites mínimos devem ser respeitados pelo efeito *backlash*.

As medidas legislativas de reversão de jurisprudência não podem ser instrumentos para impor ações refratárias aos direitos das minorias e de grupos de indivíduos vulneráveis, como consequência exclusiva do princípio majoritário. Se tal postura legislativa sempre tiver viabilidade e campo fértil no ordenamento jurídico, a democracia brasileira correrá sérios riscos e a CRFB/1988 pode se tornar uma Constituição meramente retórica e um instrumento de manipulação de quem governa com orientações autoritárias.

Não se questiona o papel do Congresso Nacional em desafiar ou até ignorar a interpretação constitucional realizada pelo STF, pois não cabe mais a visão generalizada de que a decisão de inconstitucionalidade é a última palavra sobre a questão constitucional. Os diálogos institucionais e suas dinâmicas, ou seja, os debates entre supremacia judicial e supremacia parlamentar sempre exigirão análises de casos específicos e concretos, em prol da institucionalização e da construção das teorias dialógicas na hermenêutica jurídico-constitucional (FISHER, 1988).

Com base na cláusula de abertura democrática (§ 2º, do art. 5º, da CRFB/1988) e na teoria do Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, 2007; MALISKA, 2021), o presente trabalho científico pretende demonstrar que o fenômeno da reação legislativa, além de observar os limites constitucionais, terá como última cláusula de barreira ou de contenção os direitos humanos previstos nas normas internacionais incorporadas pelo Direito brasileiro, constituindo

o “estatuto do conteúdo mínimo ético irreduzível”⁸⁰ de proteção dos direitos humanos.

Segundo Häberle (2007, p. 63-71), o Estado Constitucional Cooperativo é o deslocamento de proteção dos direitos humanos do plano das ordens constitucionais internas para a efetivação de “direito comum de cooperação”, após o compromisso dos Estados Constitucionais com a criação de um padrão de direitos. Tal construção é justificada pela força normativa e acionabilidade dos direitos humanos.

No caso de reações legislativas refratárias à afirmação de direitos fundamentais e quando os instrumentos de controle de constitucionalidade não forem suficientes ou enfrentarem dificuldades para a sua proteção, os mecanismos de controle de convencionalidade, nos planos interno e internacional, poderão ser acionados. Algumas novidades técnico-processuais serão sustentadas para a defesa do Estado Constitucional Cooperativo, implicando na construção de uma teoria de reação convencional às políticas legislativas retrocessivas na proteção dos direitos fundamentais.

Ante o exposto, o ativismo judicial, a autocontenção judicial, a reação legislativa às decisões judiciais e os diálogos institucionais representam facetas da funcionalidade da jurisdição constitucional e da afirmação de uma teoria da constituição centrada no sistema jurídico-constitucional dos direitos e garantias fundamentais.

Então, é preciso direcionar todos esses fenômenos para a construção do Estado Democrático de Direito e, quando qualquer deles for veiculado para desconstruir o sistema de jurisdição constitucional, a interação entre todos deve resultar em controles recíprocos entre as funções estatais, de modo a encontrar medida corretiva e garantidora da proteção de direitos fundamentais. Não aparecendo a solução

80 Outra expressão de autoria própria do pesquisador do trabalho. A ideia da construção da teoria atinente à expressão é encontrar uma resposta científica, com base no Direito Internacional dos Direitos Humanos, para sustentar limites no plano do controle de convencionalidade, quando os mecanismos do controle de constitucionalidade não forem suficientes para proteger os direitos fundamentais contra as reações legislativas retrocessivas.

para a proteção da CRFB/1988, por meio da dinâmica da teoria dos diálogos constitucionais, propõe-se o controle de convencionalidade para proteger o Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, 2007; MALISKA, 2021).

Por último, a construção da teoria da reação convencional às medidas legislativas de desproteção dos direitos constitucionais estará fundamentada em alicerces científicos, os quais estarão aptos a serem enquadrados em situações indistintas, que apresentarem as premissas fáticas e jurídicas para a incidência do controle de convencionalidade e do estatuto do conteúdo mínimo ético irredutível de proteção dos direitos humanos. A teoria encaminhará um diálogo ou um intercâmbio do Direito Constitucional e do DIDH com o objetivo de consolidar os mecanismos de controle de convencionalidade.

Por fim, com o propósito de contextualizar a dificuldade de efetivar respostas, pelas ações e demais expedientes processuais do controle de constitucionalidade, às políticas legislativas redutoras do âmbito de proteção e de incidência dos direitos fundamentais, será utilizada a Lei nº 13.467/2017 (conhecida como Lei da Reforma Trabalhista), a qual é resultado de uma reação parlamentar às instâncias da Justiça do Trabalho⁸¹. Essa norma legal será analisada à luz das normas constitucionais de direitos sociais e trabalhistas e dos tratados internacionais de direitos humanos.

81 O autor participou de alguns eventos, debates e seminários sobre a Reforma Trabalhista e, em defesa de seus argumentos, sustentou em todos eles a premissa de que a Lei nº 13.467/2017 é fruto do efeito *backlash*, uma resposta de segmentos econômicos à jurisdição constitucional trabalhista.

2. A LEI DA REFORMA TRABALHISTA: REFLEXÕES SOBRE A DESPROTEÇÃO OU REDUÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS

O efeito *backlash*, como fenômeno de reação às funções jurisdicionais, não necessariamente é para reduzir políticas de afirmação de direitos fundamentais. Entretanto, os casos já examinados demonstram o direcionamento das políticas legislativas para a desconstrução do processo de afirmação dos direitos fundamentais, principalmente dos sociais. Verifica-se, assim, uma realidade estrutural de corrosão do piso da democracia social.

Esse movimento de erosão constitucional atinge fortemente o pacto social constante do arranjo constitucional de 1988. Na seara trabalhista, foi aprovada a Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, fruto de reação legislativa às decisões e interpretações da Justiça do Trabalho. Com essa nova medida legislativa, proteções legais de condições de trabalho foram relativizadas ou suprimidas, implicando em flexibilizações ou desregulamentações de direitos trabalhistas.

A redução de proteção de direitos sociais trabalhistas pela Lei da Reforma Trabalhista é agravada pela falta de expectativa de proteção no campo da jurisdição constitucional, quando se leva em conta os precedentes da jurisprudência do STF sobre Direito do Trabalho. A erosão dos direitos trabalhistas pela adoção de uma política legislativa voltada a atender interesses do mercado empresarial, associada às posições da Corte Constitucional, deve ser enfrentada em prol da proteção dos direitos humanos dos trabalhadores.

A realidade do Direito do Trabalho no Brasil exige a atuação articulada de instituições democráticas, internas e internacionais, para encontrar soluções geradoras de modelos judiciais na proteção e afirmação de direitos humanos, mas, para isso, é preciso conhecer os efeitos da Lei nº 13.467/2017 e como o STF tem se posicionado nos últimos anos acerca de casos atinentes aos direitos trabalhistas.

2.1. REALIDADE ESTRUTURAL DE EROÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

As democracias ao redor do mundo passam por um momento de turbulência. Aquelas erigidas pós-1989, com a queda do Muro de Berlim, sofrem obstáculos em seu processo de consolidação. Não são apenas as novas as atingidas, mesmo as consideradas estabilizadas também têm sofrido processos de erosão, os quais podem ser constatados quando seus pilares fundamentais são abalados (MEYER, 2019).

Os pilares democráticos fundamentais são corroídos quando, ao se realizar as eleições, não se consegue aferir quem realmente é o vencedor daquele processo eleitoral no Estado de Direito. Outros alicerces democráticos relativizados são as liberdades civis de associação e de livre manifestação da expressão e de pensamento em contextos diversos nas democracias consolidadas do Ocidente, especialmente nos Estados Unidos e na Europa (MEYER, 2019).

A erosão constitucional que tensiona com os valores democráticos ligados aos direitos e liberdades civis é uma realidade mais latente nas democracias ocidentais, porém sua análise não pode ficar restrita a esse contexto. Alguns Estados, como o Brasil, a Índia, o México e a Colômbia, entre outros, enfrentam outras variáveis e aspectos de erosão constitucional de caráter socioeconômico (LOPES, MEYER e LINHARES, 2020).

Assim, a noção de perda de qualidade da democracia pelo fenômeno da erosão constitucional deve ser compreendida em relação à exata medida da identidade estabelecida pela Constituição de um determinado Estado, como resultado de um projeto coletivo do respectivo sistema jurídico-constitucional (MEYER, 2019). É nessa dimensão ampliada do fenômeno em destaque que serão analisados os fatores redutores do âmbito de proteção jurídico-constitucional dos valores democráticos no Estado brasileiro.

Com o advento da Constituição de 1988, inaugura-se um momento de busca pela consolidação do processo democrático no país. Todavia,

mesmo na recente democracia brasileira pós-1988, eventos políticos e sociais ocorridos a partir de 2014 são determinantes para a erosão da estabilidade político-constitucional e dos mecanismos do sistema político-democrático erigido pela CRFB/1988 (MARQUES, 2022).

Predicados de ausências ou flexibilizações de mecanismos de proteção e fiscalização ambiental e também de outras agências ou órgãos de controle em campos específicos de políticas públicas e de espaços públicos representam modelos de atuação de sistemas constitucionais decorrentes de uma metodologia geral engendrada na busca de deterioração do processo democrático (LOPES, MEYER e LINHARES, 2020).

Neste sentido, observando-se o Direito Comparado, são perceptíveis movimentos similares de perda da qualidade de valores ético-constitucionais em países como Hungria, Polônia e os próprios Estados Unidos, não sendo a erosão da democracia um fenômeno e/ou um problema isolado ocorrido no Brasil (MEYER, 2019). Entretanto, o processo de erosão constitucional apresenta especificidades a depender do contexto jurídico-político do sistema constitucional em cotejo.

Esse movimento tem sido caracterizado por uma série de discursos e práticas, que vão desde o nacionalismo exacerbado até posturas anti-imigração, passando por expressões sexistas, xenofóbicas, racistas e antisemitas. Tais discursos têm encontrado um eco significativo na população, refletindo-se em vitórias eleitorais e, por vezes, em políticas governamentais (SANTOS, 2015).

No cenário da recente política brasileira, por exemplo, verificou-se no mandato do ex-Presidente da República Jair Messias Bolsonaro discursos (ou atos públicos de manifestação) não pautados na constitucionalidade e na legalidade, parâmetros republicanos regentes do cotidiano de todo cidadão. As manifestações e condutas do ex-mandatário do Estado brasileiro tensionavam com os procedimentos legais e até com o próprio sistema jurídico-constitucional, esticando a corda até o máximo dos limites e dos parâmetros da legalidade e da moralidade do funcionamento dos poderes e das instituições

democráticas, centrado no mecanismo do sistema de freios e contrapesos (MEYER, 2021).

Ações dessa natureza são condizentes com a teoria do jogo duro constitucional (TUSHNET, 2003b), a qual avaliza o posicionamento mais forte do chefe do Executivo na dinâmica das relações interinstitucionais, sem romper com os limites jurídicos. O ex-presidente Bolsonaro conduzia suas medidas com dubiedade, entre o legal e o ilegal, com autoritarismo em muitas situações, buscando alterar a ordem jurídica e até a CRFB/1988, como no caso do voto impresso ou auditável (PEC nº 135/2019) e da alegação da validade do processo eleitoral funcionando por meio das urnas e do voto eletrônico.

O fenômeno da erosão democrática não ocorre de maneira abrupta ou imediata. Ao invés disso, trata-se de uma deterioração gradual dos pilares democráticos, a qual pode ser facilitada ou acelerada por práticas de jogo duro constitucional. Isso inclui, por exemplo, a manipulação de regras eleitorais, a concentração de poder nas mãos do Executivo em detrimento dos outros poderes, ou mesmo a instrumentalização do Judiciário para fins políticos (MEYER, 2021).

Atos mais radicais do ponto de vista do processo constitucional implicam maiores riscos à continuidade e higidez da democracia, podendo alcançar uma situação de anormalidade constitucional mais grave do que a erosão constitucional e culminar com uma ruptura institucional e com o próprio colapso do sistema constitucional. O processo de erosão da democracia ocorre por meio de artifícios e instrumentos antagônicos ao sistema constitucional, praticados ou tentados em diversas oportunidades por um longo período (MEYER, 2021).

O colapso constitucional, diferentemente da erosão, que é um processo lento de deterioração do sistema democrático, é uma agressão ou tentativa direta e flagrante de rompimento com os liames democráticos (MEYER, 2019). Para evitar que o processo de erosão constitucional avance para algo mais grave de ruptura e de colapso, é necessário que as instituições funcionem adequadamente e deem

respostas concretas e adequadas aos ataques às regras do jogo democrático previstas na Constituição.

Essa alteração na identidade do pacto constitucional é particularmente perigosa, pois pode corroer os princípios e valores que sustentam uma democracia. As instituições que antes serviam como pilares de um Estado de Direito podem estar comprometidas e os mecanismos de controle podem se tornar ineficazes para a proteção dos direitos humanos e fundamentais e dos valores democráticos (MEYER, 2021).

Nessa realidade de deterioração da qualidade democrática em termos de direitos civis e políticos, no Estado brasileiro vem ocorrendo ainda a corrosão da proteção dos direitos sociais, em relação à sua amplitude e ao desvirtuamento da prioridade de sua efetivação, quanto às políticas orçamentárias escolhidas pelos poderes Legislativo e Executivo (PINTO, 2019). Portanto, a erosão constitucional vem corroendo o piso da democracia social, que são as bases do pacto social previsto na CRFB/1988.

A erosão orçamentária dos direitos sociais resulta em uma inversão das preferências do Constituinte brasileiro, pois a CRFB/1988 teve como ponto de partida estabelecer uma clara prioridade em torno dos direitos fundamentais, inclusive do ponto de vista topográfico, colocando-os antes da organização político-administrativa do Estado brasileiro, dentro do Título II.

Diferentemente da Constituição anterior (a de 1967 e EC nº 1/1969), que tratava dos direitos fundamentais no final do seu texto e de forma muito discreta e insuficiente (BONAVIDES, 2016), constituindo-se o seu rol basicamente nos direitos à liberdade e à propriedade, a CRFB/1988 elege centro da razão de ser do Estado o ser humano, dispondo a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios fundamentais (art. 1º), logo no início do texto.

A CRFB/1988, na sequência, em seu Título II, disciplinou os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos (art. 5º), no artigo seguinte (6º) pontuou os direitos sociais e, em seu art. 7º, constam os direitos trabalhistas. Essa dimensão topográfica, da organização

do Estado e dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estarem dispostos após os direitos e garantias fundamentais é reveladora de que o financiamento dos direitos fundamentais deve ser também ter preferência com relação ao custeio de outras demandas estatais.

Acaso não se entenda dessa maneira, resta aceitar a ideia de que na CRFB/1988 há um rol extenso de direitos, porém não há deveres. A perspectiva consentânea com a vontade do Constituinte foi prever como dever estatal a aplicação das garantias de custeio para a materialização dos direitos fundamentais, por meio de instrumentos fiscais, os chamados tributos (PINTO, 2019). A Lei do Orçamento Anual (art. 165, § 5º, da CRFB/1988) é composta por três partes, um orçamento fiscal, um orçamento da seguridade social e um orçamento de investimento das empresas estatais.

Os orçamentos da seguridade social e de investimento das empresas estatais possuem destinações vinculadas, enquanto o orçamento fiscal deve ser direcionado para as políticas definidas pelo gestor público com discricionariedade. Todavia, as escolhas realizadas pelo governo não podem se afastar dos comandos definidos na CRFB/1988, sob pena de violar os valores constitucionais prioritários e a vontade do Poder Constituinte Originário.

O descompromisso com a materialização dos direitos sociais pelos chefes do Poder Executivo dos entes federativos é latente na gestão pública brasileira. São inúmeras as situações administrativas e financeiras de desvinculação das receitas voltadas para o custeio da seguridade social, do Fundeb e de outros fundos vinculados às políticas sociais (PINTO, 2019). Essa realidade demonstra a inversão dos valores constitucionais na condução e na gestão dos recursos públicos, os quais devem atender às necessidades coletivas, aos interesses públicos e aos sociais.

Tentativas de utilizações de recursos do Fundeb para outras finalidades (dívidas públicas, aposentadorias e pensões, honorários advocatícios, outras despesas dos entes estaduais e municipais) são constantes (CARVALHO, PINTO e XIMENES, 2022). Contudo, em diversas ações, o STF consolidou o entendimento de que os recursos

do fundo não se prestam aos pagamentos de dívidas diversas daquelas referentes à manutenção e ao desenvolvimento do ensino para a Educação Básica e Fundamental e a valorização dos profissionais da Educação (ADI 6.490/PI e ADPF 528/DF).

O processo de afirmação e realização dos direitos fundamentais é uma luta constante pelo Direito. O atual momento do constitucionalismo não está mais tão centrado na preocupação com o reconhecimento dos direitos fundamentais e sim com a grande dificuldade de sua aplicação e materialização para contemplar as necessidades humanas (BOBBIO, 2004). A efetividade dos direitos fundamentais é essencial para o projeto da CRFB/1988, pois, do ponto de vista estritamente jurídico, a Constituição brasileira é um marco revolucionário na história do país, exatamente por ter colocado o homem à frente de todos os outros objetivos estatais.

Diante disso, é preciso romper com essa lógica patrimonialista na gestão fiscal do Estado brasileiro, por meio da qual o orçamento é direcionado a interesses outros, que não estão coadunados com os interesses sociais e deixam os mais vulneráveis à mercê das necessidades mais elementares para ter uma vida digna.

Dessa forma, para quebrar esse paradigma da gestão pública e fiscal no Brasil e promover uma realidade de vida mais justa e digna para todos, a verdadeira mudança exige uma discussão e, principalmente, uma disputa pelo orçamento por todos os segmentos da sociedade brasileira, não se restringindo aos interesses de agentes econômicos (PINTO, 2017).

A importância do orçamento é inquestionável, mas deve essa relevância da matéria orçamentária fazer parte do cotidiano da sociedade. O projeto constitucional de 1988 só alcançará efetivamente os seus objetivos fundamentais, especialmente de uma sociedade mais justa e fraterna, se a segunda norma mais importante do ordenamento jurídico (ADI 4.048/DF)⁸², o orçamento, refletir o arquétipo previsto no

82 O Ministro Carlos Ayres Britto proferiu as seguintes palavras sobre a lei do orçamento: “é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição” (ADI 4.048/DF).

texto da CRFB/1988, o qual erigiu o ser humano como seu epicentro axiológico e normativo (SARLET, 2012).

Essa obrigação primordial da República Federativa do Brasil de cumprir com os mandamentos constitucionais de realização dos direitos fundamentais não é ignorada pelos condutores da política neoliberal. A agenda neoliberal vem aprovando leis e normas que causam deterioração ao sistema de direitos e garantias fundamentais, especialmente ao arcabouço dos direitos sociais, por meio de promulgação de leis e até de emendas constitucionais para desonerar o Poder Público da responsabilidade constitucional de implementá-los.

Nos últimos seis anos, foram aprovadas duas reformas de políticas sociais no Brasil, a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) e a Reforma da Previdência (EC nº 103/2019). No tocante à Previdência Social, foram sete reformas constitucionais aprovadas desde o ano de 1993 até 2019, todas com a mesma premissa de prognóstico de garantir o equilíbrio financeiro do sistema previdenciário.

A EC nº 3/1993 impôs o recolhimento de contribuição previdenciária aos servidores públicos federais. A segunda reforma constitucional (EC nº 20/1998) da previdência alterou o critério tempo de serviço quanto ao período de contribuição para a concessão do benefício de aposentadoria. Além disso, a EC nº 20/1998 estabeleceu ainda novas exigências para a aposentadoria no setor privado, necessitando as trabalhadoras alcançarem 48 anos de idade e 30 de contribuição e, os homens, 53 anos de idade e 35 de contribuição.

A EC nº 41/2003 fixou o cálculo da aposentadoria do servidor público pela média das contribuições previdenciárias, deixando de o aplicar com base na última remuneração. A alteração em destaque extinguiu a integralidade para os servidores públicos admitidos após 1998, conforme o marco estabelecido pelo Legislador Constituinte Derivado. A partir da terceira reforma da previdência, também foi exigida a contribuição dos aposentados com alíquota de 11% sobre o benefício.

A quarta reforma constitucional, a EC nº 47/2005, criou regras de transição para a aposentadoria integral dos servidores públicos. Enquanto a EC nº 70/2012 dispôs sobre o cálculo da aposentadoria por invalidez, considerando como cômputo a média das remunerações e não mais o último vencimento. A quinta reforma constitucional previdenciária, então, extinguiu a aposentadoria por invalidez com proventos integrais e o reajuste dos vencimentos dos aposentados com igualdade aos servidores públicos da ativa, salvo o critério intertemporal estabelecido pela EC nº 70/2012, para quem entrou no serviço público até o ano de 2013.

A EC nº 88/2015, a qual ficou conhecida como “PEC da Bengala”, elevou de 70 para 75 anos o critério etário para a aposentadoria compulsória de servidores públicos. A última reforma previdenciária (até o presente momento) foi realizada por meio da EC nº 103/2019. As alterações foram impactantes. A aposentadoria por tempo de contribuição no serviço público foi extinta e houve a elevação do critério da idade mínima: 62 anos para as mulheres e 65 para os homens. Ademais, a aposentadoria na iniciativa privada passou a ser calculada na média de todos os salários, extinguindo-se a permissão de exclusão das 20% menores contribuições.

As sete reformas constitucionais, em suma, foram resultado de uma política de redução do âmbito de proteção do direito social da previdência. A justificativa é a necessidade de reequilibrar financeiramente os cofres públicos, vinculados aos dispêndios da previdência. A redução da política social é fundamentada no argumento prospectivo de manutenção do equilíbrio atuarial da Previdência Social como forma de garantir que os aposentados e pensionistas, de acordo com os novos critérios estabelecidos, consigam usufruir dos benefícios previdenciários sem quebrar a macroeconomia brasileira.

O orçamento público é um instrumento por meio do qual se travam lutas políticas, sendo um espaço em que os diferentes grupos sociais com interesses distintos buscam satisfazer seus interesses políticos e econômicos. Os fundamentos utilizados para avalizarem as reformas constitucionais da Previdência Social contrastam com

o aprisionamento dos recursos públicos pelo capital financeiro, por meio de medidas estatais como a Desvinculação das Receitas da União (DRU) e por incentivos fiscais concedidos à iniciativa privada (SALVADOR, 2017).

A DRU é o mecanismo financeiro que permite a utilização de um percentual sobre receitas tributárias vinculadas por lei a fundos ou despesas da União, para fomentar a economia do país. A DRU também pode ter como finalidade a amortização de juros da dívida pública. Os recursos destinados às políticas sociais são os principais alvos da DRU. A principal finalidade da desvinculação de receitas federais é equilibrar a economia nacional, tendo sido criada em 1994 com o nome de Fundo Social de Emergência.

Sucessivas emendas constitucionais foram aprovadas para prorrogar a DRU e, a mais recente delas, a EC nº 93/2016 possibilitou desvinculação até 31 de dezembro de 2023 e permitiu a utilização de 30% da arrecadação da União relativa a contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e taxas. O STF já se posicionou pela validade da DRU (ADPF 523/DF).

O detalhe aqui é a utilização de argumentos fáticos de desequilíbrio econômico-financeiro da Previdência Social como justificadores da reforma previdenciária, enquanto o Governo Federal vem utilizando muitos recursos para o custeio de benefícios e serviços previdenciários para aplicar no mercado de capitais e pagamentos de juros das dívidas públicas. No ano de 2008, foram empregados 70 bilhões pela DRU no mercado financeiro (SALVADOR, 2017).

Em 2015, o orçamento da União teve uma distribuição desigual, priorizando o mercado financeiro em detrimento das políticas sociais. Foram gastos 42,43% em pagamentos de juros e amortizações da dívida, 22,6% na Previdência Social, 4,14% na Saúde e 3,31% na Educação (SILVA, 2018). Nesse contexto, as justificativas apresentadas para as reformas previdenciárias ignoraram essa realidade de medidas governamentais de desvinculação das receitas de fundos e despesas federais para contemplar questões da macroeconomia brasileira.

As prognoses legislativas apontadas para as sete reformas da Previdência Social não são inverídicas. É incontestado o aumento de expectativa de vida do brasileiro, passando de 45 anos em 1940, para 76 em 2019. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) projeta 80 anos para 2042 (MUGNATTO, 2019). Diante dessa perspectiva, medidas realmente devem ser tomadas para garantir a sustentabilidade do sistema previdenciário brasileiro, pois haverá um aumento expressivo do número de pessoas acima dos 60 anos de idade.

Contudo, não se pode, nas justificativas apresentadas para as reformas do ecossistema previdenciário, olvidar de todas as premissas fáticas atinentes à realidade brasileira, de que muitas receitas de políticas públicas são histórica e sistematicamente desvinculadas para aplicação no mercado financeiro e em outras pautas econômicas, por meio da DRU, conforme destacado neste tópico.

Como a desvinculação de receitas da União voltada para as políticas previdenciárias não foi enfrentada e nem levada em consideração nos processos legislativos das setes emendas constitucionais, os ônus das alterações estão sendo suportados pela classe trabalhadora, em decorrência de se mascarar um contexto de que a quebra do equilíbrio financeiro-econômico da Previdência Social também é ocasionada pela utilização de seus recursos financeiros para demandas econômicas do empresariado.

A Exposição de Motivos nº 29/2019 (PEC nº 6/2019), da qual resultou a promulgação da EC nº 103/2019, menciona que, no âmbito da União, o direito à previdência social, consagrado no art. 6º, da CRFB/1988, consome mais da metade do orçamento primário, prejudicando outros direitos sociais igualmente consagrados no texto constitucional, tais como os direitos à educação, à saúde, à proteção à infância, à assistência aos desamparados, entre tantos outros.

O Relatório Legislativo da lavra do Senador Tasso Jereissati (PSDB/CE), relator da PEC nº 6/2019, apresentada em 28 de agosto de 2019, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, sinalizou um prognóstico de que o aumento da proporção dos gastos

com o sistema previdenciário, em uma década, implicará despesas públicas sobre 80% do orçamento.

Nessa esteira, se não houvesse a reforma da Previdência Social, segundo o relatório em apreço, a consequência seria o achatamento orçamentário no financiamento de políticas sociais e públicas e carências de investimentos públicos destinados à implementação e realização de outros direitos fundamentais individuais e sociais.

O Relatório Legislativo em debate menciona a existência de cortes orçamentários em áreas sociais e fundamentais devidamente previstas na CRFB/1988, em virtude das altas despesas com os variados benefícios previdenciários (tais como aposentadoria por tempo de contribuição, pensão, aposentadoria por idade, auxílio doença, entre outros). Cita a utilização de recursos financeiros por cada benefício previdenciário a níveis orçamentários de ministérios do Executivo Federal.

Também foi apresentada, na Exposição de Motivos nº 29/2019 (PEC nº 6/2019), a justificativa sobre a imprescindibilidade da reforma previdenciária para evitar custos excessivos para as futuras gerações e comprometimento do pagamento de benefícios do sistema previdenciário. A necessidade da reforma ainda foi fundamentada na indispensável busca de sustentabilidade ante o crescimento das despesas com previdência, em meio ao incontestável envelhecimento do elemento humano do Estado brasileiro (Exposição de Motivos nº 29/2019 (PEC nº 6/2019)).

No Relatório Legislativo da relatoria da PEC nº 6/2019, ressalta-se ainda a penúria enfrentada pelo cidadão em áreas de Transporte e Ciência e Tecnologia, enquanto é notória a realidade de déficits primários colossais da União, com gastos públicos maiores do que as receitas tributárias. Segundo o relatório parlamentar, essa circunstância paradoxal é explicada pela supremacia da Previdência.

No entender do relator da proposição legislativa parlamentar, da qual resultou a EC nº 103/2019, todo desequilíbrio das contas públicas da União, ocasionando o gigantesco déficit primário, é resultante

do impacto financeiro-orçamentário com os vultosos custos da Previdência Social.

No Relatório Legislativo da relatoria da PEC nº 6/2019, não é mencionado nenhum aspecto sobre os impactos da DRU no campo das dificuldades orçamentárias enfrentadas pelo sistema previdenciário, deixando todo o encargo do desequilíbrio financeiro-orçamentário na própria conta de despesas do regime previdenciário. O propósito é mascarar a premissa fática dos reais impactos da DRU como fator relevante e impactante também sobre as dificuldades orçamentárias do Estado brasileiro, para arcar com as despesas públicas de políticas sociais, primordiais à democracia.

Em outro ponto, a sétima reforma constitucional da previdência foi sustentada como elemento fundamental para o equilíbrio econômico-financeiro não só do sistema previdenciário, mas de todas as contas públicas e para a atenuação do exponencial crescimento da dívida pública (Exposição de Motivos nº 29/2019 (PEC nº 6/2019)). Diferentemente do Relatório Legislativo da lavra do Senador Tasso Jereissati (PSDB/CE), a DRU é ressaltada pelo Ministro da Economia à época, Paulo Roberto Nunes Guedes⁸³, na Exposição de Motivos nº 29/2019 (PEC nº 6/2019), da qual é subscritor.

A PEC nº 6/2019 excetuou da DRU as contribuições sociais destinadas ao custeio do sistema de seguridade social, inclusive no que se refere às previdenciárias. A exclusão das contribuições sociais da DRU veio ser aprovada na EC nº 103/2019 e está disposta no art. 76, § 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)⁸⁴. Por consequência, os valores totais das receitas das contribuições sociais da seguridade social estão vinculados ao financiamento das medidas e ações necessárias para concretizar os direitos sociais da saúde, assistência social e previdência.

83 O Ministério da Economia foi a pasta ministerial responsável pela autoria da redação da Proposta de Emenda Constitucional nº 6/2019 (origem da EC nº 103/2019) apresentada pelo Presidente da República na Câmara dos Deputados e da Exposição de Motivos, de 20 de fevereiro de 2019.

84 Dispõe o art. 76, § 4º, do ADCT: “A desvinculação de que trata o *caput* não se aplica às receitas das contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social”.

Essa retirada da abrangência da DRU sobre as contribuições sociais da seguridade social é um avanço, desonerando restritamente os direitos à saúde, assistência social e previdência, não deixando de atingir potencialmente as outras políticas públicas. Apesar dessa proposta do Legislador Constituinte Derivado ter sido um avanço, houve um esforço do Governo Federal da época em dissuadir a ideia de que a DRU era também um instrumento ocasionador do desequilíbrio atuarial das contas da Previdência Social, tendo um especial destaque, na Exposição de Motivos nº 29/2019 (PEC nº 6/2019), a seguinte afirmação: “[...] mesmo com as receitas da referida DRU há déficit na Previdência e na Seguridade Social”.

Sob o invólucro de transparência e de se refutar ilações acerca dos efeitos da DRU sobre o déficit da seguridade social, um dos objetivos do Legislador Constituinte Derivado foi demonstrar, na Exposição de Motivos nº 29/2019 (PEC nº 6/2019), a legitimidade da DRU e a retirada de receitas dela para aplicação no sistema de saúde, previdência e assistência social.

Ora, é exatamente o contrário, foram as receitas da seguridade social empregadas para outras finalidades por meio da DRU por dezenove anos, desde a promulgação da EC nº 27/2000, até a retirada das contribuições sociais de custeio da seguridade social com a EC nº 103/2019. Logo, é equivocada a concepção de que as receitas da DRU⁸⁵ estão sendo empregadas no sistema de seguridade social, a partir da EC nº 103/2019 (art. 76, § 4º, do ADCT).

85 Não existia o instituto da DRU no texto original do ADCT. A inclusão da desvinculação das receitas da União foi com a EC nº 27/2000, tendo como patamar o índice de até 20% sobre impostos e contribuições sociais e vigência até o ano de 2003. A EC nº 42/2003 prorrogou o prazo da DRU para 2007 e ampliou a desvinculação também sobre as contribuições de intervenção do domínio econômico, mantendo o índice de 20%. Outra prorrogação ocorreu com a EC nº 56/2007, passando a vigorar a DRU até 2011. Novamente foi ampliado o prazo da DRU até 2015, com a promulgação da EC nº 68/2011. Já a EC nº 93/2016, além de prorrogar o prazo de vigência da DRU para o ano de 2023, retirou os impostos da hipótese de aplicação da desvinculação de receitas federais, mas em compensação, aumentou o índice de 20% para 30% e acrescentou a incidência da DRU sobre os recursos financeiros auferidos com as taxas. Por fim, a EC nº 126/2022, promulgada em 21 de dezembro de 2022, durante a transição do anterior governo para o do atual Presidente Luís Inácio Lula da Silva, novamente dilatou a vigência da DRU para até o final do ano de 2024.

Pelo visto, tanto a Exposição de Motivos nº 29/2019 (PEC nº 6/2019), ao utilizar uma argumentação contraditória e retórica de que recursos da DRU estão sendo cedidos para a seguridade social (e a verdade era exatamente o inverso, como ressaltado neste texto), quanto o Relatório Legislativo da relatoria da PEC nº 6/2019, ao ignorar totalmente os impactos da DRU sobre a Previdência durante quase vinte anos, mascararam a realidade sobre as contas públicas do Estado brasileiro, apresentando prognoses legislativas parciais, assimétricas e não condizentes com a realidade financeira e orçamentária.

Essas reformas constitucionais previdenciárias são alvos de calorosos debates políticos, acadêmicos e sociais. Dada a realidade de envelhecimento populacional e a mudança na dinâmica demográfica (ROCHA, 2004), são reais os fatos e prognoses legislativos para as alterações no sistema previdenciário. As emendas constitucionais previdenciárias efetivaram mudanças com o desiderato de tornar a Previdência mais sustentável, impondo, em síntese, idades mínimas para a aposentadoria, maior tempo de contribuição e alterações na forma de cálculo dos benefícios.

Entretanto, a necessidade de reformar o sistema previdenciário, para torná-lo mais sustentável e equilibrado, não pode ignorar aspectos relevantes como a histórica incidência da DRU sobre as receitas da previdência e a prioridade de políticas estatais voltadas para o mercado. As políticas legislativas devem ter uma perspectiva holística sobre fatos e prognoses legislativos fundamentadores das escolhas normativas adotadas, sob pena de as regras legislativas serem incompletas e insuficientes para as soluções das demandas da sociedade.

Os fatos e prognoses legislativos refletem uma dimensão da análise jurídica que busca compreender os impactos práticos e potenciais de determinadas normas ou propostas legislativas. Enquanto o “fato legislativo” se concentra na observação empírica das consequências imediatas de uma legislação já existente, a “prognose legislativa” se dedica à previsão ou antecipação dos efeitos de normas que ainda serão implantadas ou que estejam em fase de discussão.

Os fatos legislativos estão relacionados ao exame da aplicação efetiva de uma norma jurídica no mundo concreto. Em outras palavras, trata-se de estudar os impactos reais que uma norma gera após sua implementação. A análise desses fatos pode ser um instrumento útil para avaliar se a norma atingiu seus objetivos e quais as suas implicações ao sistema jurídico e à sociedade (Zagrebelsky, 2003). Assim, os fatos legislativos são elementos importantes para a crítica jurídica e para a eventual necessidade de reforma ou revogação de normas.

As prognoses legislativas, por sua vez, têm correlação ao estudo das potenciais consequências de normas que ainda serão aprovadas ou que estão em processo de elaboração. Esse tipo de análise costuma ser realizada durante a discussão de projetos de lei e tem por objetivo fornecer aos legisladores e à sociedade informações que auxiliem na tomada de decisões (Dworkin, 1986). Por meio das prognoses legislativas, busca-se antever os impactos sociais, econômicos e jurídicos de uma norma, o que permite uma legislação mais eficaz e justa.

Tanto os fatos legislativos, quanto as prognoses são elementos fundamentais na elaboração e interpretação de leis e contribuem para a teoria do Direito legislativo, bem como para a jurisprudência. É importante destacar também que não se restringem à pura interpretação normativa, mas dialogam com outras áreas, como a Sociologia, a Economia e a Ciência Política (Alexy, 2008). Portanto, a análise desses aspectos é interdisciplinar e pode envolver métodos quantitativos e qualitativos.

Assim, os conceitos de fatos e prognoses legislativos são fundamentais para uma compreensão mais profunda e crítica do Direito, servindo tanto para o campo da pesquisa acadêmica, quanto para o embasamento de decisões em instâncias judiciais e legislativas. Os impactos legislativos devem ser utilizados para as definições de políticas legislativas e para fundamentar as decisões judiciais, especialmente em temas polêmicos como reformas constitucionais e direitos fundamentais (MENDES, 2012).

A importância das prognoses legislativas é indiscutível para a técnica legislativa e o processo de elaboração das leis (MENDES, 2008). As consequências de normas propostas devem ser rigorosamente avaliadas antes de sua aprovação. Isso é especialmente importante em um sistema constitucional como o brasileiro, que inclui cláusulas pétreas e princípios fundamentais que não podem ser ignorados (MENDES, 2010). A análise prospectiva de normas em discussão é, portanto, vital para a conformidade constitucional e para a eficácia social da legislação.

Nesse cenário, é forçoso reconhecer a importância dos fatos legislativos como instrumento de avaliação do efeito real das normas na sociedade. Essa abordagem dialoga com uma visão mais pragmática do Direito, que considera o contexto social e as consequências práticas da aplicação da lei. Nessa perspectiva, Gilmar Mendes (2010) enfatiza a importância da interdisciplinaridade na análise jurídica. Isso é particularmente relevante para a avaliação de fatos e prognoses legislativos, que frequentemente requerem conhecimento em outras áreas, conforme antedito.

A análise de fatos e prognoses legislativos é crucial tanto para a eficácia da norma, quanto para sua adequação ao contexto constitucional e social. Essa análise pragmática e interdisciplinar do Direito permite uma compreensão mais completa das implicações das normas e contribui para a melhoria da qualidade da legislação e da jurisprudência. O STF tem decisão mencionando a necessidade de o Poder Judiciário examinar se o legislador considerou os fatos e prognoses atinentes à atividade legislativa subjacente e se utilizou de soluções adequadas para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais (BRASIL, 2012).

O modelo de controle de constitucionalidade é exigente, sustentando um verdadeiro controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (BRASIL, 2012). Nos procedimentos de controle de constitucionalidade, há medidas procedimentais postas à disposição da Corte Constitucional e voltadas ao exame dos fatos e prognoses legislativos, como a requisição de informações adicionais, a admissão

de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, conforme as regras previstas na Lei nº 9.868/1999.

A falta de um trabalho mais acurado na dinâmica dos diálogos e levantamentos acerca dos fatos e prognoses legislativos da reforma da previdência gera críticas relevantes a essas reformas. Alguns autores argumentam que as alterações podem aprofundar as desigualdades sociais e afetar desproporcionalmente os trabalhadores de menor renda (SANTOS, 2019). Além disso, questiona-se se as reformas realmente atendem ao problema da sustentabilidade fiscal ou se são medidas que apenas tornam o sistema mais restritivo, sem solucionar suas deficiências estruturais (Fagnani, 2020).

No âmbito internacional, as reformas previdenciárias também são objeto de discussão. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem normas que tratam da proteção social, incluindo a previdência, e a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estabelece o direito à segurança social (art. 22). As reformas previdenciárias, com o espectro de restringirem excessivamente o acesso à previdência, podem ser vistas como contrárias a esses instrumentos internacionais (ALSTON, 2017).

A jurisprudência do STF em relação às emendas constitucionais previdenciárias tem variado, mas costuma se pautar pelo princípio da modulação dos efeitos para proteger direitos adquiridos e resguardar a segurança jurídica (BARROSO, 2018). Em geral, as decisões do STF têm se inclinado a considerar que as emendas constitucionais em matéria previdenciária não podem retroagir para afetar direitos que já foram consolidados sob o regime anterior (MORAES, 2017).

Essa abordagem do STF tenta equilibrar a sustentabilidade fiscal e a proteção da segurança jurídica dos beneficiários da previdência que já preencheram os requisitos para a concessão da aposentadoria sob à égide das regras anteriores. No entanto, nas decisões da Corte, não há preocupação com potenciais consequências com relação ao acirramento das desigualdades sociais e injustiças advindas do estabelecimento de requisitos mais rigorosos para a concessão

dos benefícios previdenciários diante da realidade brasileira de desemprego, informalidade e exclusão social.

As reformas previdenciárias decorrentes das emendas constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003, segundo dados coletados por uma pesquisa produzida pela Universidade de Brasília, culminaram na propositura de trinta ADIs no STF (LIMA e OLIVEIRA, 2017). Treze ações foram apreciadas⁸⁶, mas apenas sete tiveram seu mérito julgado⁸⁷. É imperioso analisar os julgamentos das ADI com os seus méritos examinados, a fim de entender os posicionamentos adotados pela Corte Superior.

A ADI 1.946/DF tratou do teto para a licença maternidade, questionando-se a constitucionalidade do art. 14 da EC nº 20/1998, estabelecendo a regra de um limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social. O fundamento preponderante da ação proposta foi de que, se todos os benefícios previdenciários elencados no art. 201, da CRFB/1988, fossem pagos até o teto estabelecido, os empregadores deveriam complementar o excedente para as trabalhadoras afastadas para a fruição da licença maternidade.

Com base no princípio da igualdade e direito de proteção da mulher, a propositura da ADI 1.946/DF buscou evitar a preterição da mulher no mercado de trabalho. O STF sufragou a constitucionalidade do teto previdenciário, com amparo no equilíbrio financeiro e atuarial, mas aplicou a técnica da interpretação conforme a Constituição e utilizou o mecanismo da decisão de declaração da incondicionalidade parcial sem redução de texto, para excluir a licença maternidade da vinculação do teto dos benefícios previdenciários, protegendo-se, assim, as conquistas consagradas na CRFB/1988 quanto à proteção da mulher no mercado de trabalho.

86 As outras dezessete ADIs propostas no STF acerca das Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003 ainda aguardam julgamento (LIMA e OLIVEIRA, 2017).

87 Das outras seis ADIs julgadas pelo STF acerca das Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003, uma não foi conhecida pelo relator, três não foram admitidas pelo plenário, uma teve seu seguimento negado pelo relator e, em uma outra, a questão foi considerada prejudicada pelo relator (LIMA e OLIVEIRA, 2017).

O STF declarou improcedente a ADI 2.024, tendo objeto cargos em comissão, temporários e empregos públicos como de contribuição obrigatória ao regime geral da Previdência Social, conforme o art. 40 da CRFB/1988, após a inclusão do parágrafo 13, pela EC 20/1998. Essa regra visou o aumento de contribuições para o regime geral de previdência, almejando o equilíbrio financeiro e atuarial. A Corte Superior consagrou a ilação de que a nova norma versava sobre regime jurídico de pessoal celetista e não aqueles regidos pelo regime jurídico estatal, cabendo essa incumbência realmente à União.

As ADIs 3.104/DF e 3.291 trataram do mesmo objeto sobre as alterações nos critérios de idade e tempo para aposentadoria decorrentes do art. 2º e art. 10, ambos da EC nº 41/2003, os quais estabeleceram regras de transição para os servidores públicos que não tinham preenchidos os critérios para a concessão da aposentadoria com base nas normas anteriores.

O principal argumento das duas ações em comento era o direito adquirido dos servidores públicos vinculados ao serviço público no momento da promulgação da EC nº 20/1998, os quais já tinham sido atingidos com as regras novas impostas pelo Legislador Constituinte Derivado ao final do ano de 1998. As ADIs 3.104 e 3.291 foram julgadas improcedentes com base no fundamento de que só existe direito adquirido quando estão verificados os requisitos estabelecidos pelas regras previdenciárias (aspecto da jurisprudência anteriormente mencionado neste trabalho).

A posição adotada pelo STF foi lastreada no vetusto e sólido aspecto de que o regime previdenciário deve ser vocacionado ao equilíbrio financeiro e atuarial. Foi destacada, pelo Ministro Carlos Brito, a falta de razoabilidade de um sistema previdenciário ser erigido e alterado levando em conta sempre o direcionamento firmado pela entidade mantenedora do sistema de previdência (LIMA e OLIVEIRA, 2017).

A contribuição dos aposentados e pensionistas com proventos superiores ao teto previdenciário, regra acrescentada pelo art. 4º, da EC

nº 41/2003, foi objeto das ADIs 3.105/DF e 3.128/DF. A relatoria⁸⁸ expôs extensos argumentos em defesa de premissas da existência de uma lógica da relação previdenciária, no sentido de que a contribuição do trabalhador é para um dia ter a fruição do benefício da aposentadoria, já tendo oferecido a sua contrapartida para a manutenção do sistema previdenciário (LIMA e OLIVEIRA, 2017).

Não obstante, o julgamento foi pela validade da contribuição obrigatória de aposentados e pensionistas, declarando o STF a inconstitucionalidade parcial apenas para não permitir as diferenças de percentuais e, com isso, impôs a mesma contribuição previdenciária incidente sobre os proventos de inativos e pensionistas dos diversos entes federativos.

O limite para alíquotas de contribuição social cobrada pelos regimes dos servidores dos Estados, Distrito Federal e Municípios não poder ser inferior ao da contribuição dos servidores de cargos efetivos da União, conforme art. 1º da EC nº 41/2003. A parte em que se incluiu o § 1º, no art. 149 da CRFB/1988 foi objeto de questionamento na ADI 3.138/DF, a ação foi julgada improcedente pelo STF, por entender que a observância da alíquota mínima fixada na EC nº 41/2003 não configura quebra da autonomia dos entes federativos.

Dos setes julgamentos com apreciação do mérito pelo STF sobre as reformas constitucionais da previdência efetivadas pela EC nº 20/1998 e EC nº 41/2003, cinco utilizaram o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial como fundamento, dentre outros princípios. Apenas um julgamento (ADI 1.946/DF) protegeu os direitos fundamentais envolvidos nas alterações formais da CRFB/1988, evitando-se um retrocesso quanto aos direitos das mulheres, em especial a sua proteção no mercado de trabalho (LIMA e OLIVEIRA, 2017).

As reformas constitucionais previdenciárias no Brasil foram efetivadas com a preocupação preponderante (quase exclusiva) dos poderes Executivo e Legislativo com a sustentabilidade financeira da

88 A relatoria foi da lavra da Ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2004a e 2004b).

previdência, sem levar em consideração todos os fatos e prognoses legislativos envolvidos nos impactos das mudanças, conforme destacado. Viu-se ainda a postura do STF de avalista das políticas legislativas adotadas pelo Congresso Nacional.

Não se pretende sustentar que as alterações das regras previdenciárias não possam ocorrer, porém os direitos fundamentais e sociais não podem ser erodidos em prol de uma sustentabilidade fiscal desmedida e sem limites. O equilíbrio entre sustentabilidade fiscal e justiça social é o norte a ser traçado pelos poderes da República Federativa do Brasil e o único itinerário viabilizador a implementar essa equação é a adoção concreta de uma abordagem multidisciplinar e amplamente democrática nos procedimentos de deliberações legislativas.

Nesse contexto de redução e desproteção de direitos sociais por meio da aprovação de medidas legislativas de desconstrução, com amparo no compromisso do STF de incorporar os argumentos político-estatais em suas decisões (LIMA e OLIVEIRA, 2017), também foi erigida e publicada a Lei nº 13.467/2017 (a conhecida Reforma Trabalhista). Diante disso, é preciso enfrentar todas as barreiras dificultadoras ou inviabilizadoras da proteção dos direitos fundamentais sociais e encontrar mecanismos aptos à sua defesa e do próprio Estado Democrático de Direito.

2.2. DESPROTEÇÃO OU REDUÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS PELA LEI DA REFORMA TRABALHISTA

A Lei nº 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, foi sancionada no Brasil com o intuito de “modernizar” a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). As promessas iniciais que circundaram essa legislação apontavam para a necessidade de flexibilização das relações de trabalho, incentivo à formalização e diminuição do desemprego. Entretanto, as consequências dessa reforma têm sido objeto de intensos debates no campo jurídico, especialmente em

relação à efetividade dessas promessas e ao impacto nos direitos sociais e trabalhistas.

Uma das promessas com a aprovação da Lei da Reforma Trabalhista foi a flexibilização das regras trabalhistas em busca da modernização. O principal argumento a favor da reforma era o de que as normas trabalhistas brasileiras estavam ultrapassadas e precisavam ser flexibilizadas para acompanhar as mudanças no mundo do trabalho (DELGADO, 2017).

Outra finalidade perquirida era o estímulo à formalização de relações de emprego para combater a informalidade. Esperava-se que a flexibilização ajudasse na formalização dos vínculos de trabalhadores, uma vez que simplificaria as relações de trabalho (Teixeira, 2019). Em consequência, outra justificativa utilizada pelos defensores da Reforma Trabalhista era o argumento de que a nova lei ajudaria a reduzir os índices de desemprego, a fim de tornar o mercado de trabalho mais atrativo para os empregadores (FILGUEIRAS, 2019).

Com base nas perspectivas acima, foram efetivadas mudanças na ordem pública trabalhista. O novo marco legal (art. 4º-A, da Lei nº 6.019/1974⁸⁹, incluído pela Lei nº 13.467/2017) permitiu a terceirização não apenas das atividades-meio, mas também das atividades-fim. Isso significa que uma empresa pode contratar outra para desempenhar funções essenciais ao seu negócio, o que era anteriormente proibido pela jurisprudência trabalhista.

Com relação à possibilidade de terceirização em atividades-meio e atividades-fim, já existe posicionamento da Corte Constitucional.

89 O art. 4º-A, da Lei nº 6.019/1974 dispõe o seguinte:

“Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante”.

O STF, no julgamento da ADPF 324/DF⁹⁰, sufragou a tese de licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. Na decisão, foi mantida a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços no caso de descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias⁹¹.

A Lei da Reforma Trabalhista introduziu a possibilidade da jornada de trabalho intermitente (art. 443⁹² e art. 452-A⁹³, ambos da CLT), permitindo a formalização do contrato de trabalho intermitente e a admissão de empregados para trabalhar em períodos alternados, pagos com base nas horas ou dias efetivamente trabalhados.

90 A ADC nº 48/DF tinha o mesmo objeto da ADPF 324/DF e, por consequência, teve o seu resultado favorável ratificando a constitucionalidade dos preceitos da terceirização ampla.

91 O STF firmou tese acerca da terceirização com repercussão geral (tema 725) no bojo do RE nº 958.252/MG, com fulcro na redação aqui transcrita: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

92 O *caput* do art. 443, da CLT (alterado pela Lei nº 13.467/2017) está assim disposto: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente”.

93 O art. 452-A, da CLT, traz todo o disciplinamento do contrato intermitente, tendo nove parágrafos. E, em seu *caput*, consta a seguinte regra: “O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não”.

Outra medida implementada pela Lei nº 13.467/2017 foi a efetivação do negociado sobre o legislado (artigos 611-A⁹⁴ e 611-B⁹⁵,

94 Prevê o art. 611-A, da CLT (incluído pela Lei nº 13.467/2017): “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa”.

95 O art. 611-B, da CLT, por sua vez, dispõe: “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o

ambos da CLT). Essa cláusula legal permite que negociações coletivas tenham força de lei em diversos aspectos, mesmo que estabeleçam condições menos favoráveis do que as previstas na CLT. Caso esse ponto da lei venha a ser considerado constitucional, a consequência será a admissão ampla de flexibilizações incondicionadas, ou seja, acordos coletivos e convenções coletivas que poderão reduzir ou suprimir direitos, sem a exigência de contrapartida em favor da classe trabalhadora (JUSTINIANO, 2021).

O *caput* do art. 611-A, do diploma celetista, permite a flexibilização incondicionada (ou de desproteção) de forma ampla, inclusive com prevalência sobre a lei quanto a temas diversos atinentes à proteção do trabalhador. A Reforma Trabalhista apenas exclui da admissibilidade da prevalência do negociado sobre o legislado os assuntos constantes no art. 611-B, da CLT.

Com esse propósito, o parágrafo primeiro, do art. 611-A, da Lei nº 13.467/2017, empreendeu a desconstitucionalização da interpretação dos acordos coletivos e das convenções coletivas, de modo a realizar uma verdadeira volta ao positivismo clássico e aos seus mecanismos tradicionais de validação dos negócios jurídicos. Dessa maneira, há a pretensão de não permitir a utilização pelo intérprete da atividade interpretativa com base em princípios e regras constitucionais protetivos dos direitos fundamentais trabalhistas (JUSTINIANO, 2021).

A Lei da Reforma Trabalhista, visando a desconstrução das conquistas trabalhistas, ainda acrescentou o parágrafo segundo do art. 611-A, o qual assevera “a inexistência de expressa indicação de contraprestações recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo

direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos artigos 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”.

Esse último dispositivo é uma medida extrema do Legislador para concretizar a legalização das flexibilizações incondicionadas dos direitos trabalhistas, pois, em uma negociação coletiva, os trabalhadores podem somente perder direitos ou ter direitos reduzidos, sem nada em troca, isto é, sem qualquer mecanismo compensatório (JUSTINIANO, 2021).

Outra alteração impactante foi a transformação da contribuição sindical de obrigatória para facultativa (art. 578, da CLT⁹⁶). O pagamento da contribuição sindical deixou de ser obrigatório, tornando-se facultativo aos empregados. Esse ponto da reforma foi objeto de questionamento no STF, por meio da ADI 5.794/DF⁹⁷. Em 2018, por maioria, a contribuição sindical facultativa foi declarada constitucional pelo STF, com a premissa, em síntese, de não ser possível aceitar que a imposição da sua cobrança a trabalhadores e empregadores, uma vez que a CRFB/1988 prevê a não obrigatoriedade da filiação do trabalhador ou de se manter filiado ao sindicato (art. 8º, inciso V).

Apesar do reconhecimento da constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória, a Corte Constitucional, em 2023, alterou o entendimento fixado no julgamento⁹⁸ do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 1.018.459, no qual houve o pronunciamento

96 O art. 578, da CLT, passou a ter a seguinte redação com a mudança efetivada Lei nº 13.467/2017: “As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas”.

97 Outras dezoito ADIs foram ajuizadas contra a nova regra, além da ADC nº 55/DF, a qual intencionava a declaração de validade da Reforma Trabalhista quanto ao estabelecimento da contribuição sindical opcional ou facultativa.

98 Julgamento realizado em 2017.

da inconstitucionalidade da cobrança da contribuição sindical de trabalhadores não associados ao sindicato⁹⁹.

No julgamento de embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido na apreciação daquele agravo¹⁰⁰, o STF declarou a constitucionalidade da instituição, por norma coletiva, da contribuição assistencial imposta aos empregados da categoria, mesmo que não estejam filiados a entidade sindical, salvaguardado o direito de oposição¹⁰¹. Essa posição da Corte não pode ser confundida com o retorno e a validade do chamado “imposto sindical” ou contribuição sindical compulsória (BRASIL, 2023).

O STF, em face do novo regramento estabelecido pela Lei nº 13.467/2017, abolindo o imposto sindical, utilizou como justificativa norteadora para o novo entendimento a recomposição do sistema de financiamento dos sindicatos. O fim da contribuição sindical compulsória afetou a principal fonte de custeio e de manutenção do sistema sindical, implicando o esvaziamento dos sindicatos e prejudicando a importante instância de reivindicação e deliberação dos interesses da classe trabalhadora, *in casu*, a negociação coletiva (BRASIL, 2023).

Ao se estabelecer a não obrigatoriedade contribuição sindical compulsória para os trabalhadores não filiados ao sindicato, foi visto o enfraquecimento do sistema sindical, o qual é essencial para a defesa dos direitos dos trabalhadores (OLIVEIRA NETO, 2021). Neste sentido, a decisão em apreço do STF, permissiva de cobrança de contribuição sindical de não filiados, com a condição de estar garantida a faculdade de oposição por parte do trabalhador, viabiliza a sustentabilidade

99 A tese fixada anteriormente do tema 935 tinha a seguinte redação: “É inconstitucional a instituição, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não sindicalizados” (BRASIL, 2017).

100 Refere-se ao julgamento do agravo no Recurso Extraordinário nº 1.018.459.

101 O novo precedente fixado como tese de repercussão geral do tema 935 está assim redigido: “É constitucional a instituição, por acordo ou convenção coletivos, de contribuições assistenciais a serem impostas a todos os empregados da categoria, ainda que não sindicalizados, desde que assegurado o direito de oposição” (ARE nº 1.018.459).

financeira dos sindicatos obreiros para o cumprimento de sua missão de defesa dos interesses e direitos trabalhistas.

As regras processuais também sofreram alterações profundas, atingindo o próprio acesso à Justiça do Trabalho. A Lei da Reforma Trabalhista (artigos 790-B¹⁰² e 791-A¹⁰³, da CLT) passou a cobrar o pagamento de custas em determinadas situações especificadas na norma trabalhista e estabeleceu a obrigação de condenação em honorários de sucumbência para a parte vencida. Essas mudanças processuais podem desestimular os trabalhadores a perquirir seus direitos na Justiça do Trabalho, devido ao risco de terem de arcar com pagamentos de custas processuais e honorários sucumbenciais (Coutinho, 2019).

102 O art. 790-B, da CLT (incluído pela Lei nº 13.467/2017) tem o seguinte teor:

“Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”.

103 O art. 791-A, da CLT, instituiu a regra do pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, conforme os termos a seguir: “Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. § 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. § 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. § 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção”.

O STF, contudo, por maioria de votos, julgou inconstitucionais as regras que estabeleceram a obrigatoriedade de pagamento de honorários periciais e advocatícios sucumbenciais pela parte vencida, desde que fossem credores em juízo de valores suficientes para arcar com essas despesas processuais (ADI 5.766/DF).

Os dispositivos reconhecidos inconstitucionais pelo STF foram especificamente os artigos 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da CLT. O pronunciamento de inconstitucionalidade do art. 790-B, da CLT, inviabiliza o pagamento de honorários periciais, inclusive quando a parte está no gozo do benefício da justiça gratuita. A declaração de inconstitucionalidade do § 4º, do art. 790-B, da CLT, é para não permitir a utilização de créditos trabalhistas devidos ao beneficiário de justiça gratuita, em qualquer processo, para o pagamento desses honorários (ADI 5.766/DF).

A declaração de inconstitucionalidade do § 4º, do 791-A, da CLT, proíbe a cobrança de honorários advocatícios do beneficiário da justiça gratuita, quando houver créditos em juízo capazes de suportar o pagamento dessas despesas sucumbenciais, e ainda impossibilita a suspensão da exigibilidade das obrigações decorrentes da sucumbência (ADI 5.766/DF).

Os principais fundamentos embaixadores da decisão advieram do fato de as regras terem imposto uma presunção absoluta de autossuficiência a um trabalhador, por ter vencido determinado processo, e pelas normas em questão terem criado verdadeiros obstáculos à efetividade da concessão do direito fundamental de assistência jurídica, integral e gratuita (art. 5º, inciso LXXIV, da CRFB/1988) aos trabalhadores economicamente hipossuficientes (ADI 5.766/DF).

A decisão prolatada na ADI 5.766/DF, no entanto, foi parcialmente procedente, pois o STF considerou válida a regra do art. 844, § 2º, da CLT¹⁰⁴, a qual impõe o pagamento de custas pelo beneficiário da justiça gratuita que faltar à audiência inicial de julgamento e não apresente

104 O § 2º, do art. 844, da CLT, assim dispõe: “Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta

justificativa legal no prazo de 15 dias (ADI 5.766/DF). Essa decisão do STF foi muito importante para garantir a essência da existência e funcionamento da Justiça do Trabalho, na qual se garante o exercício sem restrições do direito fundamental dos trabalhadores pobres de terem acesso gratuito aos órgãos jurisdicionais da justiça especializada em defesa dos seus direitos (ADI 5.766/DF).

Depois de analisar algumas mudanças nas regras da ordem pública trabalhista realizadas pela Lei nº 13.467/2017 e considerando o destaque feito pontualmente de posições adotadas pela mais alta Corte do nosso Poder Judiciário, é preciso avaliar os impactos da Reforma Trabalhista e seus impactos no desemprego e na informalidade, com o propósito de perscrutar se as suas promessas de combate ao desemprego e redução da informalidade estão sendo cumpridas.

Este trabalho aferirá as prognoses legislativas utilizadas pelo legislador para fundamentar a aprovação no Parlamento da proposta legislativa acerca da Reforma Trabalhista. A Exposição de Motivos nº 36/2016, referente ao Projeto de Lei nº 6.787/2016, do qual resultou a Lei nº 13.467/2017, foi enfática acerca dos objetivos de “atualização e modernização”¹⁰⁵ do arcabouço legislativo trabalhista.

A Exposição de Motivos nº 36/2016 explicitou ainda que a outrora proposição legislativa atualiza os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no Brasil. Então, cabe indagar: as promessas com o advento da Lei nº 13.467/2017 estão sendo alcançadas? As prognoses legislativas de redução das taxas de desemprego e informalidade realmente ocorreram após a vigência da Lei nº 13.467/2017?

Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável”.

105 Os objetivos da Lei da Reforma Trabalhista de aumentar o número de postos de trabalho e de fomentar a formalização de novos vínculos foram amplamente noticiados pela imprensa do Brasil. Por exemplo: MARTELLO, Alexandre. Nova lei trabalhista deve gerar mais de 6 milhões de empregos, diz Meirelles. G1, Economia, 30 de outubro de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/nova-lei-trabalhista-vai-gerar-mais-de-6-milhoes-de-empregosdiz-meirelles.ghtml>. Acesso em: 12 out. 2023.

Estudos e levantamentos indicam que a efetivação da flexibilização nas relações de trabalho ocasiona precarização das suas condições (Rodrigues e Neves, 2019). A redução de direitos anteriormente assegurados pela CLT, por meio da flexibilização, é impactante para desproteger os trabalhadores nas relações de trabalho. Outrossim, a realidade de desemprego não foi alterada com o surgimento da Lei da Reforma Trabalhista, uma vez que os objetivos de reduzir significativamente as taxas de desemprego ou de informalidade não foram atingidos. Como a Reforma Trabalhista apresenta um cenário de desproteção trabalhista, seus feitos tendem a afetar de maneira desigual os trabalhadores, penalizando mais severamente aqueles em situações de vulnerabilidade (HORTA, 2018).

A Reforma Trabalhista alterou, suprimiu ou acrescentou mais de uma centena de dispositivos normativos sobre diversos aspectos das relações de trabalho, em especial da CLT. Esse grande conjunto de mudanças decorre de um modelo voltado aos interesses dos empresários (quase todos) de reduzir custos, em geral decorrentes da gestão de pessoal (FILGUEIRAS, 2019). As implicações jurídicas de algumas alterações foram examinadas no presente estudo.

Qualquer reforma trabalhista, independentemente do local em que ocorra, vem acompanhada de justificativas para a alteração da legislação com fulcro em aspectos de modernização, adaptação às novas tecnologias, fomento e ampliação de negócios. Entretanto, o objetivo fundamental associado às reformas trabalhistas é de promover mais formalizações de emprego (FILGUEIRAS, 2019).

O número de reformas na legislação trabalhista foi ampliado a partir da crise no ano de 2008, no cenário mundial, impulsionando a ideia mercadológica de que o aumento da empregabilidade somente será possível de alcançar por meio de alterações profundas na legislação trabalhista (ADASCALITEI e MORANO, 2015).

No parecer apresentado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados (2017) acerca do teor do Projeto de Lei nº 6.787/2016, foi mencionada enfaticamente a ideia de que a legislação trabalhista, apesar de estar fundamentada no lema da proteção de emprego, é a

responsável por gerar injustiças sociais, estimulando o crescimento do desemprego e da informalidade.

Nos moldes em que é apresentada pelo legislador, o enquadramento da Reforma Trabalhista, particularmente a Lei nº 13.467/2017, posiciona-se como uma política pública essencial para o bem-estar socioeconômico da população, argumentando que a sua principal finalidade é fomentar o emprego. Segundo essa visão, o projeto busca ampliar as oportunidades de trabalho para a parcela da população que depende da venda de sua força laboral para garantir sua sobrevivência e de seus dependentes (FILGUEIRAS, 2019).

Neste sentido, a reforma se propõe a induzir um comportamento mais contratual por parte dos empregadores, através da “flexibilização” da legislação trabalhista. Como não têm recursos acumulados, nem podem produzir sozinhas, essas pessoas vão ao mercado vender sua força de trabalho. Contudo, elas dependem de que alguém (um contratante) compre essa mercadoria (FILGUEIRAS, 2019).

A Reforma Trabalhista se apresenta como ferramenta para aumentar a compra e melhorar as condições do negócio (com a formalização), portanto, visa promover a sobrevivência (digna) de trabalhadores e seus dependentes. Para tanto, a reforma declara visar ao comportamento dos empregadores, para que eles contratem mais, devendo isso ocorrer por meio da “flexibilização” da legislação.

Entretanto, ao examinar a questão sob uma lente crítica, percebe-se que essa chamada “flexibilização” opera, na realidade, como uma diminuição de direitos outrora consolidados. A “flexibilidade para cima”, um princípio caro ao direito trabalhista, que permite a negociação de melhores condições que as estipuladas em lei, fica esvaziada sob essa nova configuração legal.

Essa retórica que associa a diminuição de direitos ao aumento de empregos funciona como um instrumento poderoso para legitimar estruturas de poder e dominação na sociedade brasileira (FILGUEIRAS, 2019). Ela coloca os trabalhadores diante de um falso dilema: optar pelo emprego ou lutar por melhores condições e direitos trabalhistas. Tal discurso é tão antigo quanto a teoria econômica clássica, serve

como um mecanismo ideológico que mantém os trabalhadores reféns de sua própria subordinação (DALLARI, 2003).

O conceito althusseriano de ideologia (ALTHUSSER, 1970 apud MOTTA e SERRA, 2014) aqui se aplica de maneira bastante apropriada: a estratégia de flexibilização serve para perpetuar uma estrutura que condiciona os trabalhadores a aceitarem sua própria dominação como algo natural e necessário, sob a ameaça de que qualquer resistência poderia resultar em piores condições de trabalho ou desemprego. Portanto, uma análise apurada da Reforma Trabalhista revela que, sob o manto de melhorar a empregabilidade, ela serve, de fato, para consolidar mecanismos de controle e subordinação (FILGUEIRAS, 2019).

O debate predominante, inclusive no senso comum, sobre a relação entre custos trabalhistas e empregabilidade se fundamenta em teorias econômicas neoclássicas e suas variantes mais modernas. Segundo essa visão, a diminuição do custo laboral deveria, teoricamente, propiciar um aumento na oferta de empregos. Com efeito, empresas teriam incentivos para contratar mais funcionários, estimulando assim a economia por meio de maior poupança e investimento (Mankiw, 2000). Esta é uma perspectiva frequentemente divulgada na grande mídia e respaldada por organizações como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (2018).

No entanto, é crucial ressaltar que o emprego não deveria ser considerado um objetivo isolado. Se o argumento é que os direitos trabalhistas são um empecilho ao emprego, por que não revogar todas as regulações e permitir, por exemplo, o trabalho infantil? Esta é uma dimensão ética e moral que não pode ser ignorada no debate sobre a regulamentação do mercado de trabalho (FILGUEIRAS, 2019).

Em outra medida, sob um ponto de vista menos restritivo, que reconhece o papel humanizador das leis trabalhistas, por que não abordar o desafio do desemprego por meio de ajustes em outras variáveis econômicas, como taxas de juros, câmbio ou políticas fiscais? É também válido ressaltar que há argumentos que desafiam

a interpretação dominante acerca da correlação entre direitos trabalhistas e empregabilidade. Tais argumentos questionam: a) se o corte de custos realmente resulta em uma maior demanda por produtos, conduzindo a mais contratações; b) se o lucro necessariamente aumentará com cortes nos custos; e c) se o aumento do lucro automaticamente conduzirá a investimentos (TEIXEIRA, 2019).

No cerne da crítica a essas teorias neoclássicas, está a ideia de que o nível de emprego é frequentemente determinado por decisões de investimento que são externas ao mercado de trabalho. Essa crítica, que data desde as primeiras décadas do século XX, ganha força em cenários com alto índice de desemprego, mesmo quando os salários estão em queda (TEIXEIRA, 2019).

Adicionalmente, no contexto do debate econômico heterodoxo, existe o entendimento de que a relação entre a distribuição de renda e o emprego depende da estrutura econômica específica (FILGUEIRAS, 2019). A ideia é que o crescimento pode ser estimulado tanto pelo aumento dos lucros, quanto pela ampliação da demanda por parte dos trabalhadores. No segundo cenário, o aumento dos salários beneficia tanto os trabalhadores, quanto os empregadores, alimentando um ciclo virtuoso de crescimento e emprego (KREIN e OLIVEIRA, 2019).

Enquanto a narrativa neoliberal argumenta a favor da flexibilização das leis trabalhistas como meio de incrementar o emprego, uma análise mais aprofundada revela que essa não é a única via possível, nem necessariamente a mais ética ou eficaz (FILGUEIRAS, 2019). A complexidade do mercado de trabalho e as implicações morais inerentes a ele exigem um debate mais matizado e uma abordagem multidisciplinar para enfrentar os desafios do desemprego.

Globalmente, uma tendência financeira tem surgido ao longo das últimas décadas, muitas vezes relacionada ao neoliberalismo e ao foco no rentismo, ao invés da produção tangível (FILGUEIRAS, 2019). A literatura acadêmica apresenta evidências dessa ascensão do capital financeiro sobre a produção industrial ou agrícola.

No contexto brasileiro, essa dinâmica financeira tem exacerbado uma já existente relutância entre os empresários locais para investir na produção. Portanto, a Lei da Reforma Trabalhista, além de causar redução dos custos laborais, corre o risco de intensificar uma competitividade prejudicial, sem impulsionar investimentos sustentáveis na produção ou na inovação tecnológica (FILGUEIRAS, 2019).

É fundamental considerar a história da legislação trabalhista e a evolução do mercado de trabalho no Brasil para compreender totalmente os possíveis efeitos da reforma. Iniciativas similares já foram implementadas entre meados dos anos 1990 e o início dos anos 2000. Contudo, dados do IBGE mostram que a renda média do trabalho declinou entre 1996 e 2003, contrariando as previsões da teoria econômica neoliberal dominante.

Entre 2003 e 2014, houve um cenário inverso, marcado pelo crescimento dos salários, aumento do emprego formal e diminuição do desemprego. De acordo com dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), salários reais médios aumentaram 31% e o número de empregos com CLT cresceu 87%. Este período também viu o Produto Interno Bruto (PIB) crescer a uma média anual de 3,41%. Portanto, pode-se questionar a necessidade de sacrificar salários em nome do estímulo econômico, especialmente quando outras medidas poderiam ser mais eficazes, como políticas fiscais e incentivos ao consumo (Bastos, 2017).

O período de ascensão em vários indicadores econômicos começou a desacelerar em meados de 2014, dando espaço para debates acerca dos fatores que poderiam ter contribuído para tal estagnação. A concentração do emprego no setor de serviços, com baixa margem para aumento da produtividade, limitou o crescimento contínuo da economia. Entretanto, os salários nesse setor cresceram menos do que o PIB, tornando uma explicação insuficiente para a crise econômica, o que sugere a presença de outros fatores, como os relacionados ao capital rentista (CARVALHO, 1993).

A partir de 2011, medidas foram tomadas para proteger as margens de lucro, na esperança de que isso levaria a mais investimentos. No entanto, isso não resultou em crescimento econômico sustentável (FILGUEIRAS, 2017), o que lança dúvidas sobre a eficácia da Reforma Trabalhista de 2017 em alcançar seus objetivos.

O atual cenário sugere ineficiência em promover investimentos produtivos. A estratégia de cortar custos trabalhistas para melhorar a competitividade é contraproducente, levando a ganhos de curto prazo às custas do desenvolvimento econômico de longo prazo. A implementação da Lei nº 13.467/2017 não gerou os efeitos positivos esperados na redução do desemprego e na formalização laboral, de acordo com os dados que confirmam a falha da medida legal aprovada em criar as oportunidades de trabalho prometidas, apontados neste trabalho.

O cenário do emprego tem mostrado oscilações mínimas desde a entrada em vigor da reforma. Dentre os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), dois índices distintos de desemprego merecem atenção: a “desocupação” (indicador mais restritivo de desemprego) e a “subutilização da força de trabalho” (medida mais abrangente). O primeiro considera desempregado apenas aquele que procurou trabalho e não obteve nenhum rendimento durante o período da pesquisa, enquanto o segundo agrega outras categorias, como subocupados e aqueles que desistiram de procurar emprego.

No trimestre que precedeu a efetivação da reforma, encerrado em outubro de 2017, havia cerca de 12,7 milhões de pessoas desocupadas, ou 12,2% da população economicamente ativa. Essa cifra pouco se alterou até maio de 2019, quando se registravam aproximadamente 13 milhões de desocupados (12,3%). O índice de subutilização da força de trabalho, por sua vez, atingiu um recorde histórico, subindo de 26,6 milhões (23,8%) em outubro de 2017 para 28,5 milhões (25%) em maio de 2019 (FILGUEIRAS, 2019).

Para uma avaliação justa, é crucial analisar dados de trimestres correspondentes nos anos subsequentes à reforma. Um ano após as mudanças legislativas, o índice de desocupação reduziu ligeiramente

para 11,7%, com cerca de 12,4 milhões de desempregados. Todavia, o índice de subutilização da força de trabalho demonstrou aumento, passando de 26,6 milhões (23,8%) em 2017 para aproximadamente 27,3 milhões (24,1%) em 2018 (FILGUEIRAS, 2019).

A tendência de crescimento do desemprego total e a expansão da subocupação e força de trabalho potencial são mais preocupantes do que as flutuações no índice de desocupação. A Reforma Trabalhista não somente falhou em reduzir o desemprego efetivo, como também contribuiu para o crescimento de formas ocultas de desemprego, em que indivíduos recorrem a trabalhos informais para sobreviver e, conseqüentemente, não se enquadram nas estatísticas de desocupação.

Um dos destaques foi a legalização e expansão de novos modos contratuais, tais como o trabalho parcial e o trabalho intermitente. No parecer apresentado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados (2017) acerca do teor do Projeto de Lei nº 6.787/2016, houve o apontamento de uma prognose legislativa no sentido de que o trabalho intermitente poderia criar aproximadamente 14 milhões de empregos formais em uma década, com mais de 3 milhões desses empregos surgindo apenas no setor de comércio.

Entretanto, a realidade se mostrou bem diferente, afinal até a realização do PNAD 2019, após 19 meses da reforma, apenas 79 mil postos de trabalho intermitentes foram criados, o que representa menos de 5% do que foi projetado para um ano. O crescimento do emprego formal pós-reforma tem sido modesto, com os contratos de trabalho parcial e intermitente representando apenas 26,7% dele até maio de 2019. Todavia, essa parcela é insignificante, quando comparada ao aumento em formas similares de trabalho na esfera da informalidade.

Ainda de acordo com dados da PNAD, enquanto 108.583 empregos formais sob os novos arranjos contratuais foram criados entre a implementação da reforma e maio de 2019, 951 mil novos subocupados surgiram no período de outubro de 2017 a maio de 2019. Estes últimos, que trabalham menos de 40 horas por semana, seriam o grupo ideal a se beneficiar das novas formas de contratação.

É válido notar que subocupados podem incluir tanto empregados quanto autônomos. Entretanto, a maior parte desses trabalhadores já operava em um ambiente de informalidade antes da reforma, se considerarmos como critério a contribuição para a Previdência Social. Posteriormente à reforma, a informalidade entre os subocupados cresceu ainda mais.

Dados referentes ao terceiro trimestre de 2017 e ao terceiro trimestre de 2018 indicam que o número de subocupados formais aumentou em cerca de 100 mil, enquanto os informais tiveram um acréscimo de 480 mil. Com isso, a maioria dessas novas formas de ocupação não pode ser atribuída às mudanças contratuais introduzidas pela Reforma Trabalhista.

O argumento de que a reforma seria necessária para oferecer segurança jurídica aos empregadores perde força quando observamos um aumento na contratação informal após as mudanças legislativas. Contraditoriamente, o engajamento em práticas manifestamente ilegais, como a contratação sem registro em carteira, tem se intensificado, questionando a prognose legislativa de que a nova lei tornaria as relações de trabalho mais seguras do ponto de vista legal.

Como as alterações legais não tiveram um impacto direto na criação de empregos, elas parecem estar moldando a qualidade e a natureza dos empregos que estão surgindo ou sendo mantidos. Existe uma crescente tendência de que empregos antes considerados “formais” estejam sendo trocados por formas de contratação mais precárias ou até mesmo informais.

Desde a implementação da reforma em novembro de 2017, os dados mostram um aumento contínuo no número de trabalhadores sem registro em carteira, variando, no trimestre móvel, de 370 mil a 650 mil, em comparação com o mesmo período do ano anterior (PNAD 2016). Essa elevação na informalidade é especialmente perceptível em ocupações, em tese, adequadas para os novos modelos de contratos intermitentes ou parciais introduzidos pela reforma.

A informalidade está mantendo sua trajetória ascendente, particularmente nas extremidades das faixas de horas trabalhadas

por semana. Enquanto as ocupações com menos de 40 horas semanais experimentam diversas taxas de crescimento, fica evidente a opção do mercado pelas maneiras informais de contratação, mesmo quando as novas opções formais seriam aplicáveis.

Portanto, os números indicam que a Reforma Trabalhista não apenas falhou em aumentar a formalização como prometido, mas pode também estar incentivando a informalidade em setores onde as novas modalidades de contratação deveriam, teoricamente, ter impacto positivo. Desse modo, a redução dos custos trabalhistas decorrente da Lei nº 13.467/2017 não importou em crescimento de formalizações de empregos e, conseqüentemente, não redundou na diminuição da informalidade na utilização do labor humano.

Diante dessa realidade, os fatos e prognoses legislativos apresentados pelo Parlamento para a aprovação da Lei da Reforma Trabalhista deveriam ser examinados pelo STF¹⁰⁶, pois não pode a nova lei ter sido fundamentada em argumentos para as escolhas da política pública implementada, sem verificar a ocorrência das variáveis utilizadas, após o transcurso de um prazo razoável de vigência das mudanças legislativas. Não pode a reforma operada em 2017 ser um instrumento apenas de supressão ou redução de direitos fundamentais sociais.

Para fins de exame da constitucionalidade, o processo legislativo adequado, em termos convencionais, pode ser suficiente se seguir as normas constitucionais e regimentais relacionadas a procedimentos, quóruns e iniciativas legislativas. Os magistrados estão, em geral, mais focados na lei resultante desse processo e em como ela se alinha à Constituição (ALEMANNO, 2013; VAN GESTEL e POORTER, 2016).

De outro modo, crescem perspectivas argumentando sobre a possibilidade da análise de compatibilidade constitucional dos requisitos procedimentais legislativos de natureza substantiva. As deliberações legislativas, formando leis e informando políticas

106 A conjugação verbal da frase está no futuro do pretérito pelo motivo de, em nosso entender, a possibilidade ser remota de ocorrer o controle de constitucionalidade das prognoses legislativas ensejadoras da aprovação da Lei nº 13.467/2017.

públicas, devem se basear em evidências científicas sólidas e ainda devem resultar de um diálogo inclusivo com todas as partes interessadas para terem legitimidade democrática (DYZENHAUS, 2015; VAN AEKEN, 2018). Essas dimensões técnicas, empíricas e discursivas começaram a fazer parte dos chamados fatos legislativos, os quais devem estar sujeitos ao escrutínio das cortes de jurisdição constitucional (OLIVER-LALANA, 2019).

O STF, na mesma esteira, tradicionalmente foca na conformidade formal ao avaliar o devido processo legislativo. Essa abordagem consiste em cotejar os elementos da proposição legislativa em questão com os preceitos formais constitucionais, é um exame de respeito ao rito legislativo-constitucional (Cunha Júnior, 2012). Esse método respeita a doutrina do ato *interna corporis*, limitando a revisão judicial dos procedimentos internos do Congresso.

Por outro lado, a jurisprudência do STF tem mostrado a possibilidade de uma análise mais aprofundada, empregando técnicas de racionalidade para avaliar a legislação. Originalmente, a abordagem focava na razoabilidade e proporcionalidade, particularmente quando estavam em jogo questões de igualdade ou não-discriminação. Essa abordagem busca discernir a relação entre os meios escolhidos pela legislação e seus fins pretendidos, baseando-se em critérios empíricos ou racionais para sua aprovação (Ávila, 2004; Barros e Barros, 2006).

A técnica da proporcionalidade empreende uma análise mais rigorosa, empregando critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita para avaliar a constitucionalidade das leis e políticas públicas (Sampaio, 2003a). Entretanto, essa fase ainda permanece majoritariamente no âmbito normativo, com pouca consideração para fundamentos empíricos ou científicos no processo legislativo.

A ponderação entre meios e fins legislativos já constituía um aspecto da atuação do STF. Todavia, a incorporação de razões empiricamente fundamentadas em prognósticos cognitivo-volitivos só se tornou uma questão abertamente discutida mais tarde. Em decisão singular, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que a habilidade da

Corte Constitucional de escrutinar os elementos fáticos e expectativas da legislação (fatos e prognoses legislativos) é uma extensão de seu dever constitucional de avaliar a conformidade de leis e normas ao texto constitucional (BRASIL, 2007a).

O ministro também alegou que o apego excessivo às justificativas legislativas comprometeria a função do Tribunal no controle de constitucionalidade. Para superar isso, é necessário o desenvolvimento de mecanismos procedimentais que habilitassem o STF a uma atuação mais informada e harmonizadora dentro do arcabouço constitucional (BRASIL, 2007a).

Esse ponto de vista foi examinado também no contexto da ADI 3.112/DF, tendo como objeto aspectos específicos da Lei nº 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento. No julgamento, foi analisado extensivamente o uso do princípio da proporcionalidade para o cotejo dos fatos e prognoses legislativos (BRASIL, 2007b), levando em consideração os elementos fáticos e expectativas, organizados em três categorias: a) controle de evidências; b) controle de justificabilidade; e c) controle material de intensidade.

O controle de evidência ocorre quando a declaração de inconstitucionalidade deve estar amparada na flagrante inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política adotada no caso. O controle de justificabilidade é a investigação com o intuito de verificar se a opção legislativa se baseou em uma avaliação objetiva e justificável de todos os elementos de conhecimento disponíveis, bem como sobre as consequências da aplicação da norma (BRASIL, 2007b).

Já o controle material de intensidade, por meio da ponderação, afere se o sacrifício de um direito fora devidamente justificado pela proteção de um outro bem jurídico constitucionalmente relevante. Com a utilização desses níveis de controle de constitucionalidade dos fatos e prognoses legislativos, o STF excepcionalmente tem o poder de questionar as decisões e avaliações do legislador (BRASIL, 2007b).

Com relação à Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), o exame dos fatos subjacentes à legislação se limitou às informações

apresentadas pelo Congresso Nacional. Embora essas informações tenham sido rigorosas e baseadas em dados científicos e pesquisas de opinião, elas se mostraram insuficientes em alguns casos. A contribuição dos *amicus curiae* foi reconhecida, mas não completamente absorvida nas deliberações. Apesar dessas limitações, o caso marcou um avanço na inclusão explícita de exame de razões empiricamente fundamentadas no controle de constitucionalidade (BRASIL, 2007b).

Ao retomar a análise da Lei nº 13.467/2017, o controle de constitucionalidade das suas prognoses legislativas, em nosso sentir, revelará que as escolhas legislativas devem ser declaradas inválidas. Quanto ao controle de evidências, a proclamação de inconstitucionalidade da Lei da Reforma Trabalhista está ancorada na manifesta inadequação das estratégias legislativas para atingir as metas da política traçada de diminuir a informalidade e aumentar as taxas de empregabilidade no Estado brasileiro.

No tocante ao exame de justificabilidade, as escolhas legislativas da Lei nº 13.467/2017 foram pautadas em uma avaliação incompleta, ficando adstrita ao custo dos direitos trabalhistas, sem utilizar as demais variáveis envolvidas para resolver o problema do desemprego, como a política de juros e câmbio e, especialmente a alta carga tributária sobre as relações formais de emprego. O legislador ficou centrado apenas em encontrar a solução extrema de negativa de direitos trabalhistas para justificar a aprovação da política de reforma trabalhista, devendo o STF controlar a insuficiência dos fatos legislativos.

Quanto à análise material de intensidade, a Lei nº 13.467/2017 materializa uma renúncia de diversos direitos trabalhistas, sem o desiderato de salvaguardar outro interesse ou bem jurídico de significado e relevância constitucional. Na verdade, o foco da Reforma Trabalhista foi diminuir o custo do emprego como um objetivo a ser perseguido de forma isolada, causando um retrocesso na proteção dos direitos trabalhistas.

Apesar de os elementos técnicos e fáticos utilizados como justificativas do processo legislativo da Lei da Reforma Trabalhista terem sido falhos e as evidências até o presente momento demonstrarem

que não serão alcançados os prognósticos apontados pelo legislador, não há expectativas de que o STF reconheça a invalidade da Lei nº 13.467/2017, embora esteja demonstrada a insuficiência dessa opção legislativa.

As revisões na legislação do trabalho do ano de 2017 devem ser compreendidas como respostas políticas ao Poder Judiciário Trabalhista, ao ter sido estruturado um arquétipo de medidas normativas de diminuição de direitos trabalhistas e da limitação da própria jurisdição trabalhista. Com suporte em um enfoque sociojurídico, as recentes alterações legislativas na ordem jurídica trabalhista são resultado do fenômeno do efeito *backlash*, ou seja, uma contrarreação do Poder Legislativo às decisões judiciais que envolvem temas sensíveis e de conteúdo político (SANTOS, 2017).

A Lei nº 13.467/2017, como medida de superação legislativa das decisões judiciais trabalhistas, teve o ínsito desígnio de diminuir a proteção de direitos fundamentais, sendo resultado de uma reação conservadora da classe empresarial brasileira. Em vista disso, surge um questionamento a respeito de quais teorias podem ser edificadas para impor limites mínimos para a proteção de direitos fundamentais, especialmente os trabalhistas, objeto do presente estudo, contra o manuseio do fenômeno do efeito *backlash* para aprovação de medidas normativas retrocessivas.

Salvo alguns aspectos da Reforma Trabalhista já analisados pelo STF e apontados como incompatíveis com a CRFB/1998¹⁰⁷, os mecanismos de controle de constitucionalidade não estão aptos, pelo menos em sua totalidade, a fazer resistência por meio da jurisdição constitucional às reformas legislativas, sopesando a circunstância de

107 É o caso do julgamento da ADI 5.766/DF, tendo o STF, por maioria de votos, declarado inconstitucionais as regras que estabeleceram a obrigatoriedade de pagamento de honorários periciais e advocatícios sucumbenciais pela parte vencida, desde que fossem credores em juízo de valores suficientes para arcar com essas despesas processuais.

que os direitos trabalhistas, como espécie de direitos sociais, não estão formalmente amparados pelo escudo das cláusulas pétreas¹⁰⁸.

As alterações legislativas resultantes da Lei nº 13.467/2017 foram medidas que culminaram na reversão da jurisprudência trabalhista com relação a determinados temas¹⁰⁹. É preciso conter os instrumentos legais viabilizados para impor ações refratárias aos direitos de grupos de indivíduos vulneráveis, como é o caso dos trabalhadores diretamente atingidos pela Reforma Trabalhista de 2017.

Nessa linha, defende-se o acionamento dos mecanismos de controle de convencionalidade, nos planos interno e internacional, no caso de reações legislativas refratárias à afirmação de direitos fundamentais e quando os instrumentos de controle de constitucionalidade não forem suficientes ou enfrentarem dificuldades para a proteção dos direitos fundamentais.

Em suma, os diálogos institucionais precisam ser direcionados para a construção do Estado Democrático de Direito e, quando qualquer procedimento de interpretação da Constituição (controle de constitucionalidade ou reação legislativa) for veiculado para desconstruir o sistema de jurisdição constitucional, a interação entre eles deve resultar em controles recíprocos entre as funções estatais para encontrar medida corretiva e garantidora da proteção de direitos fundamentais.

Quando a supremacia judicial e a reação legislativa não implicarem em soluções para a proteção da CRFB/1988, por meio da dinâmica da teoria dos diálogos constitucionais, propõe-se o

108 A abordagem relativamente ao nível de proteção dos direitos sociais, em especial os trabalhistas, será retomada com maior ênfase no próximo tópico deste capítulo.

109 A Lei nº 13.467/2017 foi aprovada buscando eliminar as restrições à terceirização estabelecidas na Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), estabelecendo autorização para prestação de serviços terceirizados em quaisquer das atividades da empresa tomadora (atividades-meio ou atividades-fim). O item III, da súmula 331 do TST está assim previsto: “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”.

controle de convencionalidade para proteger o Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, 2007; MALISKA, 2021).

Conforme outrora mencionado, está se propondo a construção da teoria de reação convencional aos produtos legislativos de desproteção dos direitos fundamentais. As premissas da teoria estarão alicerçadas em critérios técnicos e científicos aptos a subsidiar a aplicação do controle de convencionalidade e do estatuto do conteúdo mínimo ético irreduzível de proteção dos direitos humanos, diante de situações de desconstrução do arquétipo democrático estabelecido na CRFB/1988.

Ante o exposto, é importante ponderar a forma como o STF se posiciona com relação ao direito do trabalho, a fim de se investigar qual será a sua posição com relação às medidas legislativas refratárias à ordem trabalhista. Por fim, como a Lei nº 13.647/2017 é resultado de reação parlamentar às instâncias da Justiça do Trabalho em prol dos interesses do empresariado brasileiro, verificar-se-á a indispensabilidade de cotejar os seus preceitos à luz das normas internacionais de direitos humanos.

2.3. NECESSIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PARA ENFRENTAMENTO DA LEI DA REFORMA TRABALHISTA

A CRFB/1988 surge em um contexto histórico-social marcado pela reabertura democrática, não foi apenas na afirmação dos poderes constituídos que essa característica se destacou, mas especialmente no seio das lutas sociais, na busca por emprego e melhores condições para implementação de uma vida digna. A efetivação dos direitos sociais trabalhistas, no Brasil, tem sido marcada por períodos de tensão, que alteram o estado das coisas, ainda que a Constituição tenha encampado princípios de salvaguarda de um núcleo de proteção intangível, quais sejam: princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social.

A violação desses direitos é evidenciada no plano fático e a condução legislativa é orientada no sentido de esvaziar todo o sistema protetivo e dar guarida à primazia dos interesses do mercado, em detrimento da proteção dos direitos dos trabalhadores. O preceito constitucional do art. 60, § 4º, inciso IV, serve como um verdadeiro escudo protetivo dos direitos fundamentais, não permitindo qualquer tentativa de eliminá-los. O dispositivo em questão provoca debates, uma vez que, pela leitura literal da norma, não se faz referência a todos os direitos fundamentais, mas somente aos direitos e garantias individuais.

Questiona-se, então, o motivo pelo qual o legislador constituinte limitou essa proteção exclusivamente aos direitos de primeira dimensão (individuais), ignorando os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. Seguindo esse raciocínio literalista, apenas os direitos e garantias individuais seriam indelévels, já que representariam os únicos direitos individuais escolhidos pelo Constituinte para compor o núcleo fixo da nossa legislação (MARMELSTEIN, 2008).

Todavia, é viável utilizar a interpretação sistêmica para contemplar a proteção de todos os direitos fundamentais contra a abolição pelo poder de reforma, não apenas os direitos de primeira dimensão. Isso porque esses direitos, de maneira mais abrangente, têm o potencial de gerar reivindicações subjetivas para seus detentores, tornando-se assim direitos individuais em sua aplicação prática (MARMELSTEIN, 2008).

A jurisprudência do STF, em oportunidades específicas¹¹⁰, já se inclinou para uma leitura mais abrangente do dispositivo do art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/1988, expandindo as cláusulas pétreas para englobar não apenas os direitos e garantias individuais, mas todos os direitos fundamentais. No contexto da ADI 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso incluiu os direitos e garantias sociais, os direitos referentes à nacionalidade e os direitos políticos na esfera de direitos e garantias individuais e, por conseguinte, eles seriam imutáveis (MORAES, 1999).

110 Além da ADI 939-7/DF, podem ser consultados os seguintes precedentes do STF: ADI 3.685/DF e ADI 1.946/DF.

Nos debates da ADI 939-07/DF, o Ministro Marco Aurélio, por sua vez, sustentou a existência de uma relação de continência dos direitos sociais entre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB/1998. Neste sentido, uma vez contidos nos direitos de liberdade, os direitos de segunda dimensão merecem a mesma proteção como cláusula de limite material ao poder constitucional reformador (MORAES, 1999).

A ampliação do escopo de direitos considerados cláusulas pétreas, corroborando a possibilidade de uma interpretação mais abrangente dos direitos fundamentais, é possível, conforme visto no julgamento da ADI 939-07/DF. Contudo, os tratamentos teórico e prático-jurídico quanto à proteção dos direitos sociais representam objeto de estudo de constante inquietação das comunidades científica e jurídica.

Entre as teorias¹¹¹ que se debruçam sobre o tema da proteção dos direitos sociais, destaca-se a classificação tripartite dos direitos fundamentais, a teoria dos níveis de escrutínio, o conceito de mínimo existencial, a proteção do núcleo duro dos direitos fundamentais e a aplicação do princípio do não retrocesso.

Todas as teorias apontadas acima são importantes direcionamentos hermenêuticos para a proteção dos direitos sociais, quando estão em jogo alterações normativas de diminuição ou supressão do seu âmbito de incidência ou aplicação. Entretanto, existe

111 A literatura acadêmica apresenta divergências quanto à fundamentação para a restrição ou limitação de direitos fundamentais. De um lado, sustentam que os limites desses direitos já estão implicitamente contidos dentro do próprio direito (teorias internas). De outro, argumenta-se que tais restrições são determinadas após o fato pelo intérprete, mediante a análise contextual do direito fundamental em questão e fatores externos a ele. Esses fatores podem ser derivados de outros direitos fundamentais, do arcabouço constitucional e jurídico como um todo (com base no princípio da unidade da constituição), ou ainda por elementos extraídos da realidade social (SANTIAGO, 2012). Conforme aqui observado, são muitas as teorias que estudam os limites ou limitações dos direitos fundamentais, porém o foco é somente contextualizar como o STF se posiciona diante das reformas constitucionais e legislativas de diminuição da proteção dos direitos sociais trabalhistas.

uma verdadeira dificuldade de aplicação sistêmica, por parte do STF¹¹², dessas teorias para a proteção dos direitos sociais, em contraposição às reformas constitucionais ou legislativas de desconstrução do sistema de afirmação desses direitos, na esteira do que já foi visto na abordagem do tópico anterior referente às reformas constitucionais previdenciárias.

A classificação tripartite dos direitos fundamentais, baseada nas ideias de Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, classifica os direitos fundamentais em três dimensões: direitos civis e políticos (primeira dimensão); direitos sociais, econômicos e culturais (segunda dimensão); e direitos de solidariedade ou fraternidade (terceira dimensão) (RAMOS, 2005). Essa classificação ajuda a entender a historicidade e a complementariedade dos direitos sociais em relação a outros direitos fundamentais.

A complementaridade, a interdependência, a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos são princípios consagrados tanto no Direito Internacional, quanto nos sistemas jurídicos nacionais que se comprometem com a sua promoção e proteção. Esses princípios desafiam a categorização estanque dos direitos e implicam que a violação de um direito pode afetar o gozo de outros (PIOVESAN, 2012). Em outras palavras, violar direitos sociais implica a violação de direitos individuais, ante a relação de interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos.

A teoria dos níveis de escrutínio, por sua vez, é aplicada especialmente nos Estados Unidos e pondera a intensidade da intervenção judicial necessária para a proteção de determinados direitos. Direitos sociais, como o direito à educação e à saúde, muitas vezes são submetidos a um nível de escrutínio mais flexível do que

112 É forçoso reconhecer o avanço da jurisprudência do STF na proteção de direitos sociais, principalmente a partir do julgamento paradigmático da ADPF 45/DF (serão ainda abordadas as suas nuances no presente tópico). O que se questiona é que os parâmetros hermenêuticos para a proteção ainda não estão sólidos e suficientemente robustos nos precedentes da Corte Constitucional, para a estruturação de uma sistemática protetiva dos direitos fundamentais sociais.

direitos civis e políticos, como a liberdade de expressão (SUNSTEIN, 2003).

A teoria dos níveis de escrutínio, originada no contexto jurídico dos Estados Unidos, não foi adotada de forma explícita ou sistemática pelo ordenamento jurídico brasileiro ou pela jurisprudência do STF. No entanto, conceitos similares são empregados na análise constitucional de casos que envolvem direitos fundamentais, embora com terminologia e metodologia distintas.

No Brasil, a análise de restrições a direitos fundamentais geralmente se dá por meio do princípio da proporcionalidade, que inclui os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tal abordagem foi influenciada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e é consagrada em diversos julgados do STF (Barroso, 2009).

Embora a nomenclatura e o método sejam diferentes, tanto o princípio da proporcionalidade, quanto os níveis de escrutínio buscam equilibrar interesses conflitantes e avaliar a legitimidade de restrições estatais aos direitos fundamentais. Ambas as teorias compartilham o objetivo de fornecer um critério racional e sistemático para essa avaliação, embora o façam por meio de estruturas analíticas distintas.

O princípio da proporcionalidade, como aplicado no Brasil, não distingue categoricamente entre diferentes tipos de direitos fundamentais para definir o nível de proteção ou escrutínio a ser aplicado. Em vez disso, a análise é frequentemente casuística, levando em consideração a natureza do direito afetado, o peso do interesse público envolvido e as circunstâncias específicas do caso (Mello, 2007).

O parâmetro de mínimo existencial se refere ao conjunto de condições básicas para uma vida digna, como acesso à saúde, educação, habitação, entre outros direitos. A noção de reserva do possível, do outro lado, coloca um limite às obrigações do Estado, condicionando a implementação de direitos sociais aos recursos disponíveis (Sarlet, 2012). Os conceitos do mínimo existencial e reserva do possível são frequentemente invocados em julgamentos no STF, como ferramentas

de ponderação, exatamente o que se verificou no julgamento da ADPF 45/DF¹¹³.

O julgamento da ADPF 45/DF pelo STF é notável, por tratar de questões relacionadas aos direitos fundamentais, em especial, o direito à educação. A Corte Constitucional se debruçou sobre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, elementos cruciais quando se discute a efetivação de direitos sociais em um contexto de limitações orçamentárias.

O princípio da reserva do possível se refere à ideia de que a implementação de direitos sociais, como educação e saúde, está condicionada às capacidades financeiras do Estado. Todavia, o STF entendeu que esse princípio não pode ser utilizado de forma irrestrita para justificar o não cumprimento de obrigações constitucionais. A Corte introduziu o vetor do mínimo existencial, que seria um patamar básico de concretização de direitos sociais, independentemente das restrições financeiras (ADPF 45/DF).

A decisão prolatada teve um impacto significativo na interpretação dos direitos sociais e trabalhistas, uma vez que estabeleceu parâmetros para a sua efetivação. Isso é particularmente relevante em um país como o Brasil, onde a desigualdade social é um problema crônico e a efetivação de direitos fundamentais é muitas vezes comprometida por restrições orçamentárias.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, foi além e frisou que a efetivação de direitos sociais não é uma mera política governamental, mas um imperativo constitucional. Essa visão foi crucial para consolidar uma jurisprudência que leva em conta não apenas a reserva do possível, mas também os direitos fundamentais como componentes inseparáveis de uma democracia constitucional (ADPF 45/DF).

O julgamento da ADPF 45/DF abordou questões significativas quanto à justiciabilidade de direitos sociais, econômicos e culturais.

113 A ADPF 45/DF já foi abordada no primeiro capítulo para destacar especialmente os contornos da dimensão política da jurisdição constitucional. Neste tópico, a ênfase será para discutir os aspectos do mínimo existencial, em cotejo com a reserva do possível.

Houve ainda o reconhecimento de não haver, na Constituição, uma cláusula de completa autoexclusão do Poder Judiciário no que tange à implementação desses direitos. A ADPF 45/DF apresentou um marco jurisprudencial em que o STF assumiu um papel ativo, podendo ser objeto de apreciação judicial a omissão ou a inação do Estado, sem que isso representasse uma violação ao princípio da separação dos poderes.

Esse julgamento reforçou a noção de que direitos sociais não são apenas projeções normativas, mas têm um conteúdo mínimo que deve ser respeitado e promovido, cabendo ao Judiciário intervir em casos de inércia ou insuficiência da atuação dos outros Poderes. Não se tratou apenas de examinar a compatibilidade de um ato normativo com a Constituição, mas de avaliar a própria omissão do Estado como uma forma de inconstitucionalidade, elevando o patamar do controle de legalidade, tornando-o mais dinâmico e adaptável às diferentes formas de descumprimento de preceitos fundamentais.

O julgamento da ADPF 45/DF, ante o exposto, tem sido frequentemente citado em discussões acadêmicas e decisões judiciais que envolvem a tensão entre as restrições financeiras do Estado e a necessidade de efetivar direitos fundamentais. A decisão consolidou o entendimento de que, ainda que haja um limite orçamentário, este não pode servir como justificativa para a inobservância completa dos preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Ademais, a teoria do núcleo duro ou núcleo essencial dos direitos fundamentais é uma abordagem jurídica disposta a identificar e proteger as dimensões básicas e indispensáveis de cada direito fundamental, que não podem ser restringidas ou eliminadas por meio de legislação ou ação estatal. A ideia é que qualquer restrição aos direitos fundamentais deve respeitar esse núcleo essencial que garante a efetividade e a integralidade do direito em questão.

No Brasil, essa teoria é especialmente relevante em matéria constitucional e é frequentemente citada em julgamentos de ações no STF. A CRFB/1988, por exemplo, apresenta um rol extenso de direitos e garantias fundamentais nos artigos 5º a 17. A proteção do núcleo

essencial desses direitos é, portanto, de fundamental importância para a estabilidade do Estado Democrático de Direito.

O conceito de núcleo duro pode ser rastreado até a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que utilizou esse conceito para proteger direitos fundamentais, sobretudo no contexto da Lei Fundamental de Bonn, de 1949 (SARLET, 2002). Posteriormente, a ideia foi importada e adaptada por diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo. Segundo Sarlet (2012), o núcleo essencial, expressão sinônima, é “o conteúdo irreduzível do direito, em relação ao qual toda e qualquer interferência ou delimitação se revela, por princípio, inconstitucional”.

Robert Alexy (2002) defende que, para que uma restrição a um direito fundamental seja considerada constitucionalmente legítima, a limitação deve satisfazer o princípio da proporcionalidade¹¹⁴, que inclui a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Em síntese, a teoria do núcleo duro é um importante mecanismo hermenêutico e jurisprudencial para a proteção dos direitos fundamentais, tanto no contexto brasileiro, quanto internacional.

Para tratar do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é possível adotar duas perspectivas diferentes: a objetiva e a subjetiva. A visão objetiva considera o direito fundamental em sua totalidade, explorando sua natureza enquanto direito objetivo. A abordagem subjetiva foca sobre o questionamento de os indivíduos possuírem um direito subjetivo à tutela do núcleo central dos direitos fundamentais (SILVA, 2009).

Ao considerar o cerne irreduzível dos direitos fundamentais a partir de um enfoque subjetivo e absoluto, chega-se à dedução de que nunca se poderia suprimir totalmente um direito fundamental pertencente a um indivíduo. Tal ato infringiria a garantia de

114 A aplicação da proporcionalidade enseja a apreciação da necessidade, adequação e proporcionalidade em seu sentido estrito. A adequação é o exame da harmonia entre meios e objetivos. A ideia de necessidade sugere a averiguação da opção causadora do menor prejuízo. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais (ALEXY, 2002).

preservação da substância mínima e indispensável desse direito específico (SANTIAGO, 2012).

Em contraposição ao enfoque subjetivo e absoluto do cerne irreduzível dos direitos fundamentais, pode-se argumentar a ocorrência de circunstâncias nas quais um direito fundamental pode ser totalmente suprimido, sem que isso seja necessariamente considerado inaceitável ou inconstitucional (SILVA, 2009).

Alguns exemplos podem ser citados de supressão de direitos fundamentais sob determinadas premissas sem configurar violação à CRFB/1988, como a pena de morte no Brasil, aplicável em casos de guerra declarada, anula completamente o direito à vida do condenado; uma sentença de prisão revoga por completo a liberdade de locomoção do condenado, ainda que por um período limitado de tempo; e o ato de desapropriação extingue integralmente o direito de propriedade dos afetados. Assim, há situações onde o esvaziamento total de um direito fundamental pode ser juridicamente justificável (SILVA, 2009).

A concepção objetiva do núcleo central dos direitos fundamentais defende que tais direitos possuem um conteúdo essencial, que é parte integrante do sistema jurídico como um todo, em oposição à visão subjetivista, que enxerga o núcleo essencial como uma extensão do direito individual do sujeito (SANTIAGO, 2012).

De acordo com esse entendimento objetivista, o núcleo central não é moldado pelas expectativas individuais de uma pessoa específica, mas pelo sistema jurídico, de forma mais abrangente. Sob essa ótica, é possível postular a existência de um conteúdo mínimo imutável desses direitos, que não pode ser limitado (SANTIAGO, 2012).

O núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais está diretamente relacionado ao conceito de mínimo existencial, o qual foi igualmente concebido na doutrina jurídica alemã e que representa a essência de direitos fundamentais necessários para garantir uma vida humana com dignidade (GRINOVER, 2011).

Por outras palavras, cada direito fundamental contém um núcleo imutável e o mínimo existencial compreende a soma desses núcleos essenciais. Se esses direitos não forem respeitados, isso legitima a

intervenção judicial nas políticas públicas, quer para ajustá-las ou para efetivá-las, independentemente da presença de legislação ou de medidas administrativas (GRINOVER, 2011).

O princípio do não retrocesso, também conhecido como proibição de retrocesso, vedação do retrocesso social ou efeito *cliquet*¹¹⁵, é de alta relevância para a proteção dos direitos fundamentais contra qualquer medida (legislativa, judicial ou administrativa) redutora de seu alcance e âmbito de proteção. O vetor em apreço estabelece o pressuposto de que, uma vez implementada uma medida concretizadora de um direito fundamental, não se admite um retorno a um estágio anterior de menor proteção (Sarlet, 2012).

O princípio do não retrocesso visa prevenir a eliminação ou diminuição de direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, os quais já fazem parte do arcabouço jurídico dos cidadãos. Esse postulado normativo funciona para manter um padrão normativo jurídico já alcançado, atuando contra sua redução ou revogação injustificada e arbitrária. Os direitos sociais e econômicos, uma vez estabelecidos ou assegurados (como, por exemplo, direitos trabalhistas, assistência social e educação), tornam-se tanto uma garantia institucionalizada, quanto um direito individual (CANOTILHO, 2003).

De fato, esse princípio atua para resguardar o núcleo central e inviolável de direitos fundamentais, incluindo os direitos laborais, e

115 A expressão é uma metáfora inspirada no mecanismo de uma catraca (*cliquet* em francês), que permite o avanço, mas impede ou dificulta o retrocesso (BARCELLOS, 2002).

está alinhado com a salvaguarda da dignidade humana¹¹⁶, epicentro axiológico¹¹⁷ do Estado Democrático de Direito (MESQUITA, 2011).

O princípio da proibição de retrocesso é especialmente relevante para os direitos sociais, econômicos e culturais, dado que impede o Estado de anular ou reduzir direitos já consagrados, a menos que tal retrocesso seja justificado por razões de extrema necessidade e temporariedade (Sarlet, 2012).

O núcleo essencial já consolidado dos direitos sociais, uma vez estabelecido por ações legislativas, deve ser visto como assegurado constitucionalmente. Quaisquer iniciativas estatais anuladoras ou revogadoras desse núcleo revestido de essencialidade, sem propor alternativas ou compensações adequadas, seriam inconstitucionais. A margem de manobra do legislador está circunscrita a esse núcleo efetivado (CANOTILHO, 2010).

Com efeito, os contornos do princípio do não retrocesso estão intrinsecamente ligados à ideia de avanço, entendido como progressão contínua em um sentido determinado, funcionando, consoante dito anteriormente, como uma restrição material à formulação de leis, especialmente as que visam diminuir, cortar ou eliminar direitos

116 O princípio da dignidade humana serve como um valor fundamental informador da máxima ética, com raízes religiosas, de consideração e respeito pelo outro. Esta premissa parte do pressuposto de que todos os indivíduos são iguais e merecem um tratamento que respeite sua dignidade inerente. Do ponto de vista filosófico, a dignidade humana encontra paralelo no imperativo categórico de Kant, que nos fornece princípios éticos que vão além das considerações utilitaristas. Com efeito, um indivíduo deve agir de tal forma que sua ação possa ser universalizada como uma norma para todos. Além do mais, cada ser humano deve ser valorizado como um fim em si mesmo, nunca como um meio para atingir outros objetivos, sejam eles individuais ou coletivos. Enquanto objetos possuem um valor monetário, a dignidade humana é incalculável. No campo moral, o ser transcende imensamente o ter (BARCELLOS, 2002).

117 Para Sarmento (2010), o princípio da dignidade da pessoa humana atua como o epicentro axiológico da estrutura constitucional, influenciando todo o arcabouço jurídico e servindo de guia tanto para as ações do Estado, quanto para a vasta gama de relações privadas existentes na comunidade e no mercado. Embora a Constituição possua uma natureza de compromisso, é válido argumentar que este princípio é o elemento que proporciona coesão e direção axiológica ao sistema constitucional, fundamentado na ideia inquestionável de respeito integral ao ser humano, que é a finalidade última do Direito e do Estado.

humanos. No âmbito trabalhista, o princípio é um corolário do princípio da progressividade¹¹⁸ e tem outras nuances também fundamentadas em princípios, como o princípio da proteção, o princípio da norma básica e o princípio da norma mais benéfica (ANTUNES, 2010).

O princípio do não retrocesso, primeiramente, é uma extensão do princípio da proteção, pedra angular do Direito do Trabalho, o qual serve como orientação básica para o desenvolvimento e a existência desse ramo jurídico, sem o qual perderia seu significado ontológico, teleológico e axiológico. Além disso, o princípio da proibição de retrocesso ainda se fundamenta no princípio da norma mais benéfica, que atua como um critério para aplicação das regras trabalhistas e estabelece restrições materiais a quem detém o poder de legislar (ANTUNES, 2010).

O princípio da vedação do retrocesso também se origina no princípio da norma mínima, que sustenta que as leis trabalhistas, que são irrevogáveis e imperativas, estabelecem um conjunto mínimo de direitos concedidos aos trabalhadores, caracterizados pela irrenunciabilidade. O princípio deriva ainda da função principal¹¹⁹ exercida pelo Direito do Trabalho e pela proteção do trabalhador, com o objetivo de melhorar progressivamente (de forma contínua e

118 O princípio da progressividade, originado no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estabelece a responsabilidade internacional dos Estados de alavancar, dentro de suas capacidades financeiras, a tutela do ser humano em seus aspectos econômicos, sociais e culturais. Por meio deste princípio de crescimento contínuo dos direitos humanos de natureza econômica, social e cultural, a legislação nacional fica atrelada ao desenvolvimento constante das condições de amparo ao indivíduo em sua esfera social. Assim, torna-se juridicamente impraticável a revogação das prestações sociais já estabelecidas, a menos que se estabeleça um arcabouço normativo substituto que seja qualitativamente mais benéfico (ANTUNES, 2010).

119 A função de proteção do trabalhador é refletida no corpo legislativo do Direito do Trabalho, inclusive nas previsões constitucionais, como exemplificado pelos artigos 7º e 1º, incisos III e IV, da CRFB/1998. A correlação entre o princípio do não retrocesso e a essência ontológica do Direito do Trabalho pode ser constatada no que está disposto no art. 7º, *caput*, CRFB/1988, ao destacar a proteção de direitos trabalhistas ali elencados pela ordem constitucional, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

sem retrocessos) suas condições contratuais, econômicas e sociais (ANTUNES, 2010)¹²⁰.

Dado que o ordenamento jurídico brasileiro tem progressivamente encarado a questão da proteção à maternidade menos como uma responsabilidade laboral e mais como um tema previdenciário, ao apreciar o objeto da ADI 1.946/DF, o STF aplicou o princípio do não retrocesso, para não permitir que a EC nº 20/1998, especificamente o previsto em seu art. 14, revogue, mesmo que de forma implícita, o art. 7º, inciso XVIII, da CRFB/1998, protegendo a licença-maternidade e, por consequência, o pertinente benefício previdenciário.

A aplicação do art. 14, da EC nº 20/1998 limitaria ao teto da Previdência o pagamento dos proventos do benefício da licença-maternidade pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e repassaria o remanescente como obrigação ao empregador. O STF evitou estimular a preferência de contratação de homens em detrimento das mulheres pelos empregadores. A ADI 1.946/DF, então, foi julgada parcialmente procedente, visando interpretar o art. 14, da EC nº 20/1998, de forma a preservar os direitos previdenciários relacionados à licença-maternidade estabelecidos no art. 7º, XVIII, da CRFB/1998.

Vê-se, assim, a importância da aplicação do princípio do não retrocesso na proteção dos direitos fundamentais. Nessa esteira, o STF o aplicou, em diversas oportunidades¹²¹, envolvendo emendas

120 Neste tópico, o princípio do não retrocesso voltará ser avaliado quanto à perspectiva dos seus alicerces normativos internacionais.

121 Sem o intuito de citar todas as decisões referentes à incidência do princípio do não retrocesso, outra decisão do STF digna de nota foi a do Agravo de Instrumento (AI) nº 598.212, no qual se consignou a obrigação de instalação da Defensoria Pública como uma exigência imperativa da CRFB/1998. A inação do Estado prejudica e inviabiliza os direitos fundamentais das populações carentes, criando um cenário inaceitável à luz da Constituição. Tal omissão nega às comunidades vulneráveis e excluídas o “direito de possuir direitos”, que é um pré-requisito para o acesso a outros direitos, liberdades e garantias constitucionais. A intervenção do Judiciário se justifica para tornar efetiva a provisão de assistência judiciária gratuita e orientação jurídica integral, conforme previsto nos art. 5º, LXXIV e 134, da CRFB/1998. O Judiciário tem uma função crucial na concretização de políticas públicas estabelecidas constitucionalmente, mas negligenciadas pelo Estado. A noção da reserva do possível, sob o prisma da teoria dos custos dos direitos, não pode ser usada para justificar o descumprimento inaceitável

constitucionais, políticas públicas e leis redutoras de direitos sociais, para evitar efeitos retrocessivos prejudiciais. Em outras situações¹²², o STF não acata a incidência dos pressupostos do princípio da vedação do retrocesso social, por entender que os casos submetidos à sua análise não importam em retrocesso social e nem erosão dos direitos constitucionais. A decisão proferida na ADI 5.794/DF, já destacada neste trabalho¹²³, consignou a constitucionalidade da não obrigatoriedade da contribuição sindical.

Segundo o acórdão da ADI 5.794/DF, a CRFB/1988, em seu art. 8º, inciso IV, delegou à legislação infraconstitucional a responsabilidade de regular essa contribuição. Inobstante, sustentou-se ainda o art. 149, da CRFB/1998, o qual confere à União a capacidade de instituir contribuições sociais, abarcando, segundo a decisão, a faculdade de alterar ou eliminar contribuições já existentes.

O STF destacou também que a eliminação da natureza obrigatória dessa contribuição não fere o princípio da autonomia sindical e não representa um retrocesso nas políticas sociais ou uma violação aos direitos fundamentais do trabalhador, como estabelecidos nos artigos 1º, incisos III e IV; 5º, incisos XXXV, LV e LXXIV; 6º e 7º da CRFB/1998 (BRASIL, 2019).

O fenômeno da judicialização da política pode ser observado em diversos sistemas jurídicos e é particularmente impactante em contextos nos quais os direitos sociais estão em jogo. A judicialização de temas políticos e sociais no STF se tornou uma característica marcante do cenário brasileiro contemporâneo. Diante dessa realidade, não se pode esquecer que a CRFB/1998, em nosso entender, não permite recuos incondicionados, injustificáveis e arbitrários da

das obrigações constitucionais do Estado. O controle da legalidade da omissão estatal é uma atividade judicial legítima e necessária, condicionada à observância de certos critérios constitucionais, como a proibição de retrocessos sociais, a garantia do mínimo existencial e os princípios da vedação de insuficiência e de excesso.

122 No primeiro tópico deste capítulo, foram analisadas decisões do STF a respeito das reformas previdenciárias, nas quais as políticas de redução de direitos previdenciários foram consideradas válidas e não retrocessivas quanto ao arranjo constitucional social.

123 Considerações críticas já foram apresentadas acerca do julgamento da ADI 5.794.

proteção a direitos fundamentais, mesmo diante de escolhas com discricionariedade administrativa, para a definição de políticas públicas e sociais.

A despeito disso, na seara do Direito do Trabalho, vem ocorrendo a diminuição dos padrões já estabelecidos e conquistados quanto à efetivação dos direitos sociais, fruto de uma reação legislativa erosiva e comprometida com os interesses mercadológicos, além de encontrar guarida nas deliberações do STF (COUTINHO, 2021).

Grijalbo Fernandes Coutinho (2021) observou mudanças significativas no STF quanto à flexibilização e precarização do Direito do Trabalho. Para o autor, o STF vem atuando em prol da progressiva erosão dos direitos trabalhistas. Desse modo, a Corte Constitucional não está atuando como uma instituição garantista na defesa e promoção dos direitos sociais e trabalhistas, mas como um órgão voltado para debates políticos, servindo tradicionalmente aos interesses do capital.

A discussão transversal sobre o papel do STF no Direito Trabalhista é crucial, especialmente considerando a sua capacidade de revisar e, potencialmente, reverter entendimentos consolidados em outras instâncias judiciais, como o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Apesar da promulgação da CRFB/1988, o STF não assegurou de forma efetiva a proteção de direitos sociais previstos no arranjo democrático escolhido pelo Constituinte Originário. A Corte Superior acompanhou a onda de flexibilização e precarização dos anos 1990 e iniciou uma série de decisões fragmentadoras dos direitos trabalhistas em 2007, culminando em um movimento drasticamente intensificado, a partir de 2014, implicando na erosão do Direito do Trabalho (COUTINHO, 2021).

Em sentido oposto, o TST modificou seu perfil em 2007, tornando-se um órgão mais garantista. Todavia, o STF tem caminhado em direção contrária desde 2014, minando de maneiras sem precedentes os fundamentos do Direito do Trabalho. Isso tem implicações significativas não apenas para casos individuais, mas para todas as relações laborais, afetando profundamente a distribuição de renda

no país e trazendo um retrocesso em termos de proteção ao trabalho humano (COUTINHO, 2021).

Coutinho (2021) realizou uma pesquisa crítica, evidenciando que, de 59 casos analisados, 56 foram decididos pelo STF de forma favorável ao capital, demonstrando uma reforma trabalhista neoliberal avassaladora. Isso representa um retorno ao liberalismo econômico do século XIX, atentando contra a garantia de cidadania e a proteção do trabalho humano.

Acrescente ainda, no contexto desse movimento de precarização das relações de trabalho em nome de um suposto estímulo ao crescimento econômico, a circunstância de o STF estar revisando decisões do TST, inclusive por meio de decisão monocrática (como, por exemplo, o julgamento do RE nº 895.759/PE). Esse movimento judicial está alinhado a ideais neoliberais e vai contra a proteção do trabalho humano como um direito fundamental (COUTINHO, 2021).

No trabalho crítico de Coutinho (2021), conforme as informações disponibilizadas atinentes às decisões do STF que desregulam ou precarizam o Direito do Trabalho, constatou-se um total de 7 decisões monocráticas do total de 59 julgados, sendo quatro com caráter definitivo, interferindo diretamente nas posições da última instância trabalhista, *in casu*, do TST. O STF está implementando uma severa e sistemática redução de direitos trabalhistas, os quais até então estavam integrados ao arcabouço normativo, em benefício da classe trabalhadora.

Esse cenário revela um alinhamento unilateral do STF com a negação de efetividade ao Direito Constitucional do Trabalho, assumindo o papel de última instância em matéria trabalhista. Com base em uma aplicação da teoria de justiça política ou *lawfare* ao âmbito do Direito do Trabalho, o STF tem empregado métodos que subvertem os princípios constitucionais e teóricos do juslaboralismo, evidenciando a desconstrução do Direito do Trabalho, por meio inversão deliberada de sua principiologia constitucional e teórica (COUTINHO, 2021).

A Lei nº 13.467/2017 está inserida nesse processo de transformação para colocar em prática as medidas do neoliberalismo econômico de erosão dos direitos trabalhistas. A Reforma Trabalhista não só desmantelou, em muitos pontos, a arquitetura normativa da CLT, como também buscou desconstruir a jurisprudência histórica do TST, impactando negativamente na proteção dos direitos dos trabalhadores.

Sob o pretexto de aumentar a competitividade e maximizar as taxas de lucro, a generalização da terceirização, ampliada até para as atividades finalísticas da empresa pela Reforma Trabalhista de 2017 e com validação pelo STF, nos termos do julgamento da ADPF 324/DF, poderá precarizar as condições de trabalho de forma drástica, em detrimento dos trabalhadores e da justiça social. A terceirização não visa à modernização do processo produtivo, mas à exploração máxima do potencial criativo e produtivo do trabalho humano, o qual será remunerado pelos menores níveis possíveis (COUTINHO, 2021).

Diante do STF, organizações empresariais advogam essencialmente por duas linhas argumentativas, para justificar uma terceirização ampla e irrestrita: a primeira foca na liberdade de contratação e a segunda na inexistência de legislação que impeça a subcontratação em atividades-fim, com base no art. 5º, inciso II, da CRFB/1988 (COUTINHO, 2015).

O recurso ao princípio da liberdade de contratação para endossar a terceirização em larga escala, ou qualquer outra forma de deterioração das condições de trabalho, seria plenamente alinhado com o ambiente jurídico que prevalecia durante o período áureo do liberalismo econômico nos séculos XVIII e XIX, na Europa (COUTINHO, 2019).

Sob essa perspectiva histórica, crianças foram expostas a ambientes de trabalho extremamente precários, resultando em uma série de consequências nefastas, como suicídios, acidentes fatais e outros perigos ocupacionais. Da mesma forma, adultos trabalhadores foram submetidos a condições laborais degradantes, em nome da maximização dos lucros (COUTINHO, 2017).

Naquele contexto, a liberdade de contratação servia como um escudo jurídico que permitia aos empregadores explorar os trabalhadores ao limite, contrastando com a prosperidade dos proprietários industriais. Nessa conjuntura, argumenta-se que recorrer à liberdade de contratação para justificar práticas modernas de terceirização representa um retrocesso aos tempos em que a exploração laboral era institucionalizada e aceita, desconsiderando os avanços significativos em matéria de direitos trabalhistas conquistados ao longo dos séculos (DELGADO, 2017).

A legislação recente e as decisões judiciais colocam em risco os espaços históricos de lutas e conquistas dos trabalhadores, como o sistema sindical. A fragilização dessas instituições sociais é especialmente preocupante em uma sociedade marcada por desigualdades estruturais e sociais.

O discurso neoliberal tem permeado as decisões do STF. Essa postura da Corte Superior implica em um afastamento do constitucionalismo social e pode representar uma ameaça aos direitos trabalhistas consagrados na Constituição de 1988 (COUTINHO, 2021). O atual cenário judicial e legislativo no Brasil demonstra um retrocesso no campo dos direitos do trabalho. A mudança de orientação do STF e a aprovação da Lei nº 13.467/2017 representam desafios significativos para a proteção dos direitos sociais e trabalhistas no país.

O trabalho de Coutinho (2021), realizado com base em estudos analíticos e críticos, sobre fundamentos do materialismo histórico, ajudou a entender os interesses de classe envolvidos com as mudanças legislativas e jurisprudenciais. As decisões do STF em questões trabalhistas, calcadas na política do capital, afetam milhões de trabalhadores e suas famílias, bem como fragilizam as balizas da democracia social e o Estado de Direito.

A decisão monocrática proferida recentemente¹²⁴ na Reclamação Constitucional nº 60.347/MG é reflexo desse papel do STF de fomentador da desconstrução dos direitos trabalhistas. A referida decisão cassou

124 A decisão da Reclamação Constitucional nº 60.347/MG foi prolatada em 26 de julho de 2023. Outra decisão monocrática, proferida no ano de 2023, teve o mesmo escopo

decisão do Tribunal Regional da 3ª Região, que tinha reconhecido a existência de uma relação empregatícia entre um condutor do transporte e a plataforma Cabify Agência de Serviços de Transporte de Passageiros Ltda. Segundo fundamentos da decisão, existe permissão constitucional de modelos alternativos de relações laborais¹²⁵.

Tal decisão pode favorecer a uberização do trabalho, temática com ressonância no debate internacional sobre os limites do direito laboral na era digital. As novas formas de organização do trabalho em plataformas digitais contribuem para a precarização das relações laborais e, lamentavelmente, com frequência os sistemas judiciais não estão atualizados para proteger os direitos dos trabalhadores nesse novo estado de coisas (STANDING, 2011).

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 590.415/SC marcou um ponto de inflexão no cenário jurídico trabalhista brasileiro, constituindo-se como o primeiro precedente a autorizar o negociado sobre o legislado, para afastar direitos legais em troca de outros benefícios monetários. Essa decisão permitiu que acordos negociados entre empregados e empregadores pudessem sobrepujar direitos previamente estabelecidos na legislação.

Até esse caso do RE 590.415/SC, o STF, de forma reiterada, não admitia o conhecimento de matéria referente à prevalência do negociado sobre o legislado. Entendia que o tema relacionado à prevalência do negociado sobre o legislado era de natureza infraconstitucional, remetendo assim a última palavra ao TST¹²⁶.

A decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 590.415/SC coloca em destaque a tensão entre a flexibilidade na negociação coletiva e a proteção dos direitos trabalhistas. Ao reconhecer a quitação

de cassar decisão do Tribunal Regional da 3ª Região, que reconheceu vinculação de emprego de motorista da plataforma UBER.

125 A procedência Reclamação Constitucional nº 60.347/MG também teve como suporte as decisões referentes à ADC nº 48/DF, à ADPF 324/DF e ao RE nº 958.252 (fixou o tema 725 da repercussão geral).

126 Os precedentes do STF, que não conheciam Recurso Extraordinário com objeto tratando da prevalência do negociado sobre o legislado, exemplificativamente, são os seguintes: Agravo Regimental nº 584.052-2/SC; e Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 803.037/SP.

irrestrita de verbas trabalhistas mediante a adesão a um plano de demissão incentivada, o precedente em comento tem o potencial de criar um campo minado para a vulnerabilização dos trabalhadores.

Inúmeras críticas podem ser direcionadas à decisão do RE nº 590.415-SC. A flexibilização não pode ser vista como um canal catalisador de princípios e direitos fundamentais consagrados na CRFB/1988 e em tratados internacionais de direitos humanos. Nesse quadro, as negociações coletivas devem ser vistas como um complemento à lei e não como um instrumento para revogar ou suspender direitos trabalhistas (ANTUNES e COUTINHO, 2021).

Outra crítica é sobre as transações envolvendo planos de demissão voluntária, que dada a sua natureza excepcional, deveriam ser interpretadas restritivamente, para não diluir os direitos assegurados aos trabalhadores. A abrangência da quitação, nessa ótica, deveria ser limitada ao objeto da transação (ANTUNES e COUTINHO, 2021).

A decisão, ao priorizar a autonomia das partes em detrimento da tutela do Estado, esbarra na questão da assimetria de poder entre empregadores e empregados (ANTUNES, 2018), observada anteriormente. O risco é que os trabalhadores, sob pressão econômica ou mesmo social, aceitem condições menos favoráveis, o que implica em uma erosão dos direitos trabalhistas (DELGADO, 2020).

Em resumo, o precedente criado pelo STF, no RE 590.415-SC, valoriza excessivamente a autonomia da vontade nas relações de trabalho, mas enfrenta questionamentos significativos quanto à sua compatibilidade com os princípios de proteção aos trabalhadores e de justiça social. A decisão tenciona com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, impulsionando a precarização do trabalho e a desproteção dos trabalhadores, além de distanciar o ordenamento jurídico brasileiro de normativas internacionais de proteção ao trabalho, como as da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (DRUCK, 2011).

O Recurso Extraordinário nº 895.759/PE teve como objeto a questão das horas *in itinere* e o STF, ao decidir, consagrou a prevalência do negociado sobre o legislado, o que deixa claro o quão complexa é a

questão da proteção dos direitos trabalhistas na atualidade. A 2ª Turma do STF decidiu, nesse julgamento, afastar a condenação imposta à empresa pela Justiça do Trabalho a título de horas *in itinere*¹²⁷.

O cerne da problemática parece estar na avaliação da justiça e adequação das contrapartidas oferecidas em troca da renúncia de direitos. No caso do RE nº 895.759/PE, o fato de o trabalhador receber cesta básica e outros benefícios foi considerado suficiente para a redução de direitos como as horas *in itinere*. Entretanto, cabe a indagação: essas contrapartidas são verdadeiramente proporcionais e justas?

A ideia de que outras vantagens podem compensar a supressão de um direito assegurado pela CLT é controversa. É questionável se elas realmente atendem às necessidades básicas e urgentes do trabalhador, ou se simplesmente camuflam uma erosão dos direitos, ante uma realidade de assimetria entre as classes trabalhadora e patronal (DELGADO e DELGADO, 2018).

A viabilização do mecanismo neoliberal de prevalência do negociado sobre o legislado, como instrumento válido e sem limites claros, pode acarretar a erosão de direitos fundamentais do trabalhador à exponenciação máxima, especialmente em um cenário no qual o poder de barganha das partes não é simétrico. O Poder Judiciário, diante dessa conjuntura, deveria servir como um baluarte na proteção dos direitos sociais trabalhistas, o que não se verifica, como observado no presente texto, em algumas decisões do STF (COUTINHO, 2021).

O regime do negociado sobre legislado é campo fértil para a mercantilização das relações trabalhistas. Em sistemas jurídicos com ampla liberdade de negociação coletiva e/ou individual, a proteção ao trabalhador tende a ser consideravelmente reduzida, a não ser que

127 A decisão monocrática no RE 895.759/PE foi explicitamente influenciada pela tese firmada no RE 590.415/SC. Em outras palavras, a decisão no RE 590.415/SC se tornou uma espécie de precedente influente para o tratamento de outros casos envolvendo a redução de direitos sociais. Dessa forma, o STF solidificou a prevalência do negociado sobre o legislado como uma estratégia jurídica válida, mesmo em detrimento de direitos sociais previstos em normas infraconstitucionais (ANTUNES e COUTINHO, 2021).

existam fortes mecanismos de contrapeso, como sindicatos robustos e um sistema de justiça atento às questões sociais.

O fato de a CRFB/1988 prever certa maleabilidade em relação a salários e jornada de trabalho não significa que tal flexibilidade possa ser usada indiscriminadamente. É preciso reconhecer o perigo da flexibilização sem critérios, que pode levar a abusos e à precarização do trabalho. Como visto, a adoção da tese de prevalência do negociado sobre o legislado lança luz sobre diversas questões críticas em relação à autonomia da vontade coletiva e à capacidade dos acordos coletivos de afastar direitos previamente estabelecidos pela legislação trabalhista.

O entendimento firmado pelo STF, no Recurso Extraordinário nº 895.759/PE, não apenas tem implicações imediatas e concretas sobre as partes do processo, mas também sinaliza uma tendência jurisprudencial, com potencial de afetar a classe trabalhadora como um todo, prestigiando a autonomia da vontade coletiva.

A prevalência do negociado sobre o legislado, como teoria, teve seus contornos e pressupostos de aplicação fortalecidos pela fixação do fim da interpretação da ultratividade das normas coletivas, nos termos do paradigma imposto pelo *decisum* da ADPF 323/DF. O STF declarou a inconstitucionalidade da Súmula nº 277, do TST (Resolução 185, de 27 de setembro de 2012)¹²⁸, assim como a inconstitucionalidade de interpretações e de decisões judiciais que entendem que o art. 114, § 2º, da CRFB/1988¹²⁹, autoriza a aplicação do princípio da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas.

128 A Resolução nº 185, de 27 de setembro de 2012, do TST, estabeleceu a última redação, a qual foi declarada inconstitucional, da seguinte forma: “CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificados ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

129 Nos termos da EC nº 45/2004, o § 2º, do art. 114, da CRFB/1988, tem a seguinte redação: “Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenções anteriores”.

Essa decisão sobre o fim da ultratividade das normas coletivas é de extrema relevância. A falta de ultratividade pode acarretar um vazio normativo, fragilizando a posição dos trabalhadores nas negociações coletivas, já que não incentiva a classe empresarial a formalizar novas condições (MARTINS, 2018). Então, as conquistas de benefícios, sendo estes estabelecidos por meio de acordos ou convenções coletivos, não se estendem para fases futuras, em que as organizações patronais optam por não negociar.

Os direitos sociais, protegidos por normas em vigor, podem ser suprimidos mesmo sem modificações na legislação. Com base na posição exercida de defensor do mercado, desde 2007, dez anos antes da aprovação da Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), o STF já vem atuando para a desconstrução do Direito do Trabalho, ocasionando a corrosão dos direitos trabalhistas previstas em normas constitucionais e legais.

A continuidade dessa linha jurisprudencial pode significar um retrocesso social sem precedentes e a consolidação de um sistema injusto, com a capacidade de precarizar de maneira alarmante as condições de trabalho. De fato, há um preocupante movimento direcionado a operar a erosão da principiologia do Direito do Trabalho, seja pelo enfraquecimento do sistema sindical, seja pela prevalência da autonomia coletiva, em detrimento de normas legais e constitucionais (MAIOR e SEVERO, 2017).

Essa realidade pode ocasionar uma ruptura na coesão e na sistematicidade genealógica do Direito do Trabalho, contrariando sua essência protetiva e seu papel histórico na construção do Estado Social brasileiro (FARIA, 1994).

O Direito do Trabalho, ante o exposto, enquanto conjunto de princípios e regras que visam à proteção da classe trabalhadora, está em um profundo momento de questionamento e reavaliação, em face das recentes decisões do STF e das alterações legislativas. Tal cenário demanda uma análise crítica e reflexiva, a fim de preservar sua coerência e eficácia como instrumento de justiça social.

Esse potencial de erosão do Direito do Trabalho estatal mediante a prevalência do negociado sobre o legislado é real, ao considerar o quadro de vulnerabilidade do movimento sindical e as adversidades contemporâneas enfrentadas pelos trabalhadores. A função contramajoritária do Poder Judiciário tem sua essência ontológica para cumprir os compromissos democráticos definidos na Constituição, voltada principalmente à proteção dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, não o contrário (SARLET, 2012). Não pode a função judicial ser manejada para o descumprimento da Constituição.

A trajetória dos direitos sociais e trabalhistas no Brasil é marcada por resistência e lutas. A CRFB/1988 é decorrente de um pacto social-democrata e não pode o arranjo democrático ser desmantelado por uma ação política concertada dos empresários no meio parlamentar e judicial (MENEZES, 2003). A luta social e política sempre foi necessária ao reconhecimento dos direitos que conferem dignidade à classe trabalhadora. Embora, mesmo após reconhecimento pelo Estado, eles continuem a ser objeto de intensos ataques e violações (COUTINHO, 2021).

O Direito do Trabalho brasileiro tem suas raízes nas lutas operárias do início do século XX e foi estruturado majoritariamente como um direito de origem estatal, destinado à proteção do trabalhador. A alteração dessa lógica por meio da jurisprudência e por reações legislativas promovidas por interesses de liberdade econômica poderia, de fato, minar a estrutura concebida a partir dos anos 1930 (MORAES FILHO, 1978).

No caso brasileiro, a trajetória para a implementação de direitos laborais também nunca foi pacífica. A CRFB/1988, por sua natureza avançada e democrática, é fruto da social-democracia e do Estado Democrático de Direito, valorizando, em seu primeiro artigo, os princípios do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, como fundamentos da República. Apesar de a Constituição ser rica em direitos sociais, a realidade mostra o embate constante de órgãos promotores de justiça social e entidades da sociedade civil para a efetivação e o cumprimento das prestações sociais.

Nesse contexto, o STF não pode sucumbir às pressões do mercado, ignorando as vozes da classe trabalhadora organizada. O Estado Democrático de Direito não pode perder sua dimensão social e seu aspecto cidadão, no que diz respeito à classe trabalhadora, sob pena de emergir, em seu lugar, um Estado Legalista orientado pelo capital.

O valor social do trabalho como um pilar da República, a dignidade humana, a garantia de um ambiente de trabalho salubre, o combate a formas de trabalho degradante, a função social da propriedade e a liberdade de iniciativa com respeito ao primado do trabalho são valores constitucionais estabelecidos em 1988, que não podem ser ignorados pelas funções estatais (COUTINHO, 2015).

Nessa medida, é indispensável a realização de uma reflexão profunda sobre o atual contexto, em que o Direito do Trabalho parece estar em progressivo retrocesso, considerando os parâmetros da democracia, do Estado de Direito e do sistema de garantias, com forte enfoque nos direitos sociais e trabalhistas. A CRFB/1988 não é um documento alinhado exclusivamente a valores neoliberais. Pelo contrário, a norma fundamental procura equilibrar a livre iniciativa com a valorização do trabalho humano, em busca de uma sociedade livre, justa e solidária (SILVA, 2015).

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme delineado pela CRFB/1988, atua como uma norma e não apenas uma expressão de valores éticos e morais, estabelecendo-se como um valor jurídico fundamental para a sociedade e informando toda a estrutura constitucional (Sarlet, 2002). Esse vetor deve orientar todos os atos praticados pelo poder público, independentemente de sua natureza (legislativa, administrativa ou jurisdicional).

Desse modo, o princípio não apenas estabelece uma obrigação de não agir, mas também prescreve ações positivas destinadas a efetivar e resguardar a dignidade individual, servindo tanto como base para a restrição de direitos fundamentais, quanto como um limite para tais restrições. Além disso, possui uma função hermenêutica e integradora, servindo como critério para a interpretação, integração

e aplicação de todo o sistema jurídico, impondo-lhe coesão interna (Sarlet, 2002).

O princípio do não retrocesso, em um Estado Social e Democrático de Direito, é uma garantia institucional dentro de um determinado sistema, concretizado pelo legislador ordinário a partir de direito fundamental reconhecido pela Constituição, inviabilizando que uma futura medida legislativa possa suprimi-lo, reduzi-lo de modo arbitrário ou desproporcional, nem fazê-lo retroceder de patamares de realização já alcançados, sob pena de inconstitucionalidade (CANOTILHO, 2003). Decorre que o STF não vem aplicando esse princípio com os contornos necessários para proteger o Direito do Trabalho.

O quadro-realidade aqui apresentado é agravado pela dificuldade do Poder Judiciário de assegurar direitos a setores vulneráveis da sociedade brasileira, dentro de um contexto de desigualdade estrutural e de incapacidade das instituições de corrigir essas injustiças sistêmicas (SOUZA NETO, 2009). À vista disso, é preciso percorrer um caminho capaz de produzir mais conhecimentos críticos¹³⁰ sobre um tema que afeta a vida de milhões de trabalhadores. Neste sentido, o Direito deve ser um instrumento para a promoção da justiça social (MELO, 2016).

Não se pode também desconsiderar o alcance do princípio da dignidade humana, abarcando, obrigatoriamente, o respeito e a proteção à integridade física, emocional e mental, além de tudo o que está relacionado ao desenvolvimento da personalidade e assegura condições justas e apropriadas de existência. A isonomia é ainda um requisito indispensável para o respeito à dignidade humana (Sarlet, 2002).

Não se pode discutir a abrangência do princípio da dignidade humana sem aludir ao Estado de Bem-Estar Social no século XXI, que representa uma das mais notáveis conquistas da civilização ocidental,

130 Os estudos científicos devem ser realizados em diversos campos da ciência, especialmente Economia Política, Sociologia, História e Ciência Política. As produções de pesquisas devem ocorrer de forma interdisciplinar, mas a ênfase do presente trabalho é sobre as implicações quanto à ciência do Direito.

uma vez que reúne ideais de liberdade, igualdade, democracia, justiça social, valorização do ser humano, do trabalho e o bem-estar das populações. É relevante destacar que o Estado de Bem-Estar Social representa a síntese mais significativa dos grandes progressos realizados nos domínios social, econômico e político nos últimos três séculos (DELGADO, 2018).

A dignidade humana, por todo o exposto, qualidade intrínseca do ser humano, é vocacionada para justificar, além da proteção de direitos individuais, a realização e promoção de direitos de segunda dimensão, pois somente assim será alcançada a equação democrática decorrente do binômio liberdade e igualdade, viabilizando a concretização do objetivo fundamental de justiça social.

Em termos de alinhamento às teorias do Direito relacionadas à proteção dos direitos trabalhistas, o STF volta a ter uma posição conservadora e positivista, não imprimindo uma proteção substantiva a eles. Nessa ótica positivista, os magistrados são limitados pelas normas codificadas, às quais devem ser leais em sua função jurisdicional, tendo como alicerce um Estado de Direito ancorado no sistema de regras (DWORKIN, 1978).

Por outro lado, um Estado de Direito voltado para a salvaguarda substantiva dos direitos permite complementar as normas estabelecidas, com princípios básicos de justiça oriundos da moralidade política (DWORKIN, 2002). Os vetores de justiça social estão sendo completamente afastados dos parâmetros hermenêuticos aplicados pelo STF para julgamentos de ações e recursos que tenham como objeto direitos trabalhistas.

Para Dworkin (2002), a noção de Estado alicerçado em Direito é um desafio robusto e intrincado, posto que presume a presença de direitos e obrigações morais não explicitados em documentos legais. Os princípios e deveres morais devem ser desvendados no curso da interpretação judicial pelos magistrados e cortes, sendo aplicados em suas decisões quando as particularidades do caso assim demandarem.

Com relação ao caso do sistema jurídico-constitucional brasileiro, no nosso sentir, dado o seu caráter programático, o texto da CRFB/1998

já traz princípios e direitos de caráter moral e de justiça social. Essa constatação decorre do fato de ser extenso e analítico, possibilitando a formação de diversas expectativas e teorias ensejadoras da afirmação de direitos e materialização de políticas sociais (VIEIRA, 1994).

A judicialização de temas abstratos e porosos, na realidade brasileira, somente foi possível pelo arranjo institucional estabelecido pela CRFB/1988 e por seus dispositivos substantivos, os quais são verdadeiros facilitadores da conversão de questões políticas em proposições judicializáveis.

De acordo com a trajetória do constitucionalismo brasileiro e como resposta e reação às vulnerabilidades das Constituições anteriores, a CRFB/1988 efetivamente provocou uma mudança no papel do Poder Judiciário no cenário político brasileiro. A interação entre democracia política, equilíbrio mútuo entre os poderes e a inclusão de um amplo rol de direitos fundamentais, juntamente com os respectivos mecanismos de garantia, delineiam fundamentos do processo de judicialização da política (CARVALHO, 2004).

Na formulação de sua teoria da decisão judicial, Dworkin (2009) assimila o conceito de direito sempre englobado princípios morais. Sua linha de argumentação é a de que todos têm o direito moral de receber do Judiciário, em uma democracia ao menos, decisões fundamentadas com suporte nos direitos legislados. Até esse ponto, nenhum positivista discordaria, abstraído da análise o fundamento moral de algumas escolhas do legislador.

Contudo, Dworkin (2002) avança e sugere que alguns casos não impõem dificuldade, porque está claro que o Poder Legislativo concedeu determinado direito a uma das partes, tendo tal parte o direito moral de que aquele seja reconhecido judicialmente. Por outro lado, pode ocorrer que o direito moral do cidadão não esteja positivado na legislação ou, se estiver, a formulação da regra seja ambígua ou excessivamente vaga, constituindo-se, assim, caso difícil.

Em face do exposto, é possível sustentar a defesa da judicialização de temas complexos, amplos e de carga política, em virtude de que o cidadão tem o direito fundamental (direito moral) de ter uma prestação

jurisdicional nesses casos. Não se pode afastar a atividade judicante diante de casos de reconhecida dificuldade, como por exemplo a judicialização de políticas públicas.

Nesse contexto, o ideal de jurisdição de Dworkin (2002), centrado em direitos, propõe a possibilidade de que os direitos morais dos indivíduos sejam acionáveis. Pode-se, assim, concluir que os direitos morais podem ser demandados em juízo, mesmo com alto grau de abstração, por assistir aos seus titulares o direito de receber uma prestação jurisdicional. Com a leitura moral do direito, a função judicial está apta à realização de direitos fundamentais sociais (no caso, normas dotadas de alto grau de abstração, pois estão relacionados a princípios morais de correção e de justiça (DWORKIN, 2002).

Nessa linha teórica, os direitos sociais são sindicáveis justamente pelo fato de serem vetores vocacionados para promover valores fundamentais como igualdade, democracia e justiça social (no caso do Estado brasileiro, todos estão previstos na CRFB/1988). Apesar de constarem em normas com pouca densidade normativa, as políticas públicas não são definidas pelo juiz, porém as escolhas legislativas podem ser revistas pelo Poder Judiciário, quando colidirem com os argumentos de direitos sociais.

A defesa do trabalho de Dworkin contra as críticas de supostas tendências antidemocráticas está sedimentada na boa fé do intérprete jurídico. O intérprete buscaria compreender a Constituição, em vez de impor suas próprias preferências. O desafio do juiz é alcançar uma interpretação fiel com base no texto constitucional, em vez de seguir o que consideram correto, admitindo assim sua própria falibilidade. Dessa forma, apesar de suas limitações e as da própria Constituição, os objetivos de justiça e bem-estar geral podem ser alcançados, em virtude de estarem alinhados aos preceitos constitucionais (BARBER e FLEMING, 2007).

Segundo Dworkin (2009), a seleção de abordagens interpretativas deve fazer da aplicação da Constituição a mais condizente com os seus direitos morais, necessitando, assim, ser complementada por uma fundamentação rigorosa de suas visões sobre temas como igualdade,

liberdade e democracia. Os direitos morais são as bases a partir das quais as questões jurídicas são solucionadas.

As mudanças de orientações judiciais podem ser estimuladas pela opinião pública. No entanto, neste contexto, somente o próprio tribunal tem a tarefa de reexaminar suas decisões anteriores, ainda que admita a viabilidade de diálogos com outras entidades (DWORKIN, 2002). Ademais, defende-se uma forma de interpretação em que os direitos morais das minorias não devem ser determinados pela maioria.

Nossa compreensão se insere na mesma perspectiva do autor norte-americano Ronald Dworkin, ao verificar a ocorrência de influências da opinião pública ou da maioria sobre os pronunciamentos da atividade jurisdicional. Isso pode ser observado no Brasil, no qual alterações de entendimento ou de precedentes decorrem da influência que interesses dos atores políticos ligados ao mercado exercem sobre os membros do STF.

Outro ponto conclusivo e relevantíssimo advindo dos posicionamentos de Dworkin é a ideia de não se permitir a definição dos direitos das minorias pela maioria. Essa perspectiva não acredita no comprometimento da maioria para instrumentalizar a proteção dos direitos das minorias. Aponta-se, por exemplo, a inclinação do legislador brasileiro a desregular ou flexibilizar os direitos trabalhistas em atendimento dos interesses dos empresários, deixando de lado os interesses da classe trabalhadora vulnerável.

A Lei nº 13.467/2017 é fruto de uma política legislativa de reversão jurisprudencial para atender aos objetivos de perseguição de lucros do mercado. Inobstante, o que não vem ocorrendo é a proteção dos direitos trabalhistas (direitos dos trabalhadores vulneráveis) pelo STF, contra a reação legislativa corrosiva de direitos fundamentais. Na verdade, a Corte Constitucional vem se posicionando em favor do capital e deixando sem proteção os direitos dos trabalhadores vulneráveis, desestruturando de forma sistemática o Direito do Trabalho.

A efetividade expansiva dos direitos essenciais orienta a análise das regras constitucionais, obrigando os indivíduos a cumpri-las e atribuindo ao Estado a responsabilidade de proteger e promover seus princípios. Surge dessa obrigatoriedade a exigência de estabelecer entidades e processos para assegurar a concretização dos direitos fundamentais (SARLET, 2012). O STF, como entidade do sistema jurídico-constitucional, é vinculado à eficácia irradiante de tais direitos e deve utilizar os procedimentos constitucionais para os realizar.

É pertinente lembrar que há um mecanismo de salvaguarda normativa e ética da pessoa humana, servindo como o fundamento central de toda a estrutura constitucional brasileira. Portanto, o sistema de proteção normativa e valorativa do homem estabelece diretrizes para o Estado, orientando sua ação na concretização de princípios, programas sociais, direitos essenciais e, por fim, determina parâmetros para avaliar a conformidade constitucional das medidas tomadas pelo Poder Público (JUSTINIANO, 2021).

Essa transformação ocasionada pelo efeito *backlash* à jurisdição trabalhista e pelo STF como instrumento da Justiça Política do Capital (COUTINHO, 2021), vai além de uma mera flexibilização de direitos, podendo representar uma transmutação do Estado, de forma a não mais garantir os direitos sociais consagrados na CRFB/1988. Nesse cenário, é preciso encontrar mecanismos aptos a frear a erosão do Direito do Trabalho e evitar a diluição do caráter social do Estado Democrático de Direito, para não permitir que seja moldado por interesses do capital.

Adicionalmente, é pertinente ressaltar que as constituições contemporâneas, particularmente as europeias, estão integradas em um amplo sistema internacional de proteção aos direitos humanos¹³¹, atribuindo características programáticas a textos normativos. Nesse contexto, o próprio dirigismo constitucional também se transfere para as normas internacionais que tratam de direitos humanos (Fernandes, 2017).

131 No caso do Brasil, essa abertura aos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos ocorre por meio do § 2º, do art. 5º, da CRFB/1988.

Essa interação entre Direito Internacional e Direito interno está perfeitamente alinhada com a vocação expansionista do Direito do Trabalho, cujas conquistas históricas devem ser preservadas. O Direito Internacional Social funcionaria como mecanismo de recomposição ampla de proteção, em escala global, no sentido de promover a harmonização de normas fragmentárias do Direito Internacional como uma de suas funções principais (NICOLI, 2016).

É indiscutível a necessidade de proteger as trabalhadoras e trabalhadores em escala global. Isso demanda uma dupla reflexão: recuperar os sentidos originários do Direito do Trabalho e expor essas bases a um mundo onde as repercussões da exploração humana alcançam escala transnacional. Exsurge a necessidade de um reencontro contemporâneo de proteção trabalhista com seus substratos materiais (NICOLI, 2016).

Diante da realidade de desproteção de direitos fundamentais e valores constitucionais, decorrente da edição da Lei nº 13.467/2017 e de os procedimentos do controle de constitucionalidade estarem a serviço dos interesses econômicos liberais, é imperiosa a atuação de instituições democráticas, internas e internacionais, para encontrar soluções geradoras de modelos judiciais na proteção e afirmação dos direitos humanos.

Assim, serão edificados parâmetros hermenêuticos de convencionalidade para sustar ou invalidar medidas oriundas da ação legislativa esvaziadora de alguns direitos trabalhistas. O objetivo será viabilizá-los para, com esteio nos direitos humanos, neutralizar os efeitos nefastos de erosão dos direitos constitucionais, permitindo a intervenção do Estado e de órgãos internacionais para proteger os trabalhadores e a sua dignidade humana (JUSTINIANO, 2021).

3. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E NO SISTEMA INTERNO BRASILEIRO

Com a necessidade de alcançar aprimoramentos nos mecanismos do controle de convencionalidade para cotejar os preceitos da Lei nº 13.467/2017 com os parâmetros previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, deve ser verificado o contexto brasileiro sobre o funcionamento do controle de convencionalidade, a fim de serem entendidos como os seus mecanismos são aplicados para a proteção do estatuto do conteúdo mínimo ético irredutível de proteção de direitos humanos.

Ademais, para a proteção dos direitos trabalhistas frente ao efeito *backlash*, considerando que sistematicamente o STF não os tem defendido, é premente a análise dos precedentes sobre direitos sociais pela via do mecanismo da petição individual no Sistema Interamericano. Entender a expansão desse sistema internacional de proteção aos direitos humanos, principalmente da Corte IDH no julgamento de processos tendo como objeto direitos sociais, é importante para aplicar os parâmetros e alicerces das interpretações dessa corte jurisdicional no âmbito do controle de convencionalidade no sistema jurídico brasileiro.

Com base na expansão da jurisdição da Corte IDH e na tese aplicada no STF sobre a natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, sugestões de fortalecimento devem apresentadas para o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de convencionalidade nos sistemas Interamericano e interno, a fim de se constituírem em ferramentas aptas a dar respostas às políticas legislativas de redução de direitos humanos e fundamentais.

Os procedimentos de controle de convencionalidade têm como suporte de condução de seu funcionamento a cláusula de abertura democrática, inserta no § 2º, do art. 5º, da CRFB/1988. A norma constitucional em destaque exige que os sistemas Interamericano e interno funcionem com a mesma capacidade e intensidade na

proteção dos direitos humanos, independente da natureza formal das normas internacionais que os preveem.

A cláusula de abertura democrática resguarda o compromisso do Estado brasileiro de respeitar os direitos humanos com relação aos tratados internacionais dos quais é signatário e viabiliza os diálogos jurisdicionais, fortalecendo o intercâmbio entre as jurisdições internacionais e internas. O controle de convencionalidade, com seu impacto transformador, exige dos Estados-partes um novo modelo de sistema de proteção de direitos humanos, com o qual voluntariamente se comprometeu, bem como a viabilizar a edificação do Estado Constitucional Cooperativo.

3.1. REALIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO ESTADO BRASILEIRO

Inicialmente, será apresentado um panorama geral do controle de convencionalidade¹³². Com foco em responder ao questionamento “Qual é o cenário atual do controle de convencionalidade no Brasil?”. O controle de convencionalidade no Brasil está em uma fase de crescente reconhecimento e aplicação, embora ainda encontre desafios para sua plena efetivação. Até recentemente, o tema era pouco discutido na esfera jurídica nacional, mas tem ganhado destaque, em especial devido à necessidade de harmonização das normas internas com as convenções internacionais de direitos humanos¹³³.

132 O termo “convencionalidade” teve sua origem na França, em uma decisão judicial da década de 1970. O contexto era uma lei francesa que proibia a interrupção voluntária da gravidez, algo existente no Brasil desde a década de 1940, codificado no Código Penal. Naquele momento, Conselho Constitucional francês recebeu uma solicitação peculiar que alegava que, embora a lei em questão não violasse a Constituição francesa, contrariava a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950. Na época, o Conselho Constitucional francês não possuía a competência para tomar decisões sobre tratados devido a restrições administrativas. Assim, respondeu que não poderia exercer controle sobre essa “convencionalidade”, competência esta que pertenceria a outro órgão (MAZZUOLI, 2011).

133 O Estado brasileiro tem obrigações perante a comunidade internacional. Em suas relações internacionais, o Brasil deve promover a prevalência dos direitos humanos

O exercício do controle de convencionalidade envolve uma análise vertical para verificar a compatibilidade entre a legislação interna e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Este mecanismo não difere significativamente do controle de constitucionalidade, no sentido de que ambas as práticas visam garantir a supremacia de um conjunto normativo superior sobre as legislações infraconstitucionais. Contudo, o controle de convencionalidade tem a particularidade de envolver normas e princípios advindos do Direito Internacional, o que o torna um instrumento crucial para a efetivação dos direitos humanos.

O estado da arte do controle de convencionalidade no Brasil pode ser considerado ainda incipiente, mas em processo de evolução. A jurisprudência, principalmente a do STF, tem paulatinamente incorporado esse mecanismo em suas decisões, dando relevância à aplicação dos tratados internacionais, em detrimento de normas internas conflitantes. Ao comparar os sistemas jurídicos europeu e o brasileiro, chega-se à constatação de que são notavelmente distintos em termos de mecanismos de controle de constitucionalidade e convencionalidade, especialmente devido à natureza substitutiva do sistema brasileiro, em contraposição ao caráter compensatório do sistema europeu.

No sistema substitutivo, como o praticado no Brasil, a decisão de um tribunal superior invalida e substitui a norma inconstitucional ou inconveniente. A verticalidade desse sistema é evidenciada pela imposição de um único entendimento jurídico, normalmente proveniente de um tribunal superior, como o STF no sistema brasileiro.

Contrastando, o sistema europeu adota um modelo compensatório, também referido como tridimensional. Este sistema tridimensional de proteção não visa substituir a norma interna inconveniente ou inconstitucional, mas providenciar compensações aos indivíduos prejudicados pela aplicação dessas normas. O sistema

(art. 4º, inciso II, da CRFB/1988), além de cumprir com os deveres oriundos dos tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais é signatário (art. 5º, § 2º, da CRFB/1988).

européu é baseado em um modelo espiral, no sentido de que permite múltiplas interpretações e soluções para um mesmo problema jurídico, em um ambiente mais pluralista.

A utilização mais efetiva do controle de convencionalidade no Brasil demanda uma metodologia específica, que leve em consideração o arcabouço jurídico e processual brasileiro. O desenvolvimento de tal metodologia é fundamental para guiar magistrados, advogados e outros operadores do Direito na aplicação coerente e sistemática desse mecanismo, assegurando a eficácia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico nacional.

Primeiramente, é necessário estabelecer diretrizes claras sobre a hierarquia dos tratados internacionais em relação à legislação interna. Em segundo lugar, é preciso definir as vias processuais adequadas para a interposição de questões relativas ao controle de convencionalidade, bem como os critérios para a sua admissibilidade.

Quanto à questão processual, pode-se pensar na criação de um procedimento específico ou na adaptação de mecanismos já existentes, como a ADPF. É aqui que reside uma das contribuições do resultado da pesquisa ora apresentada no presente texto, justificar a utilização da ADPF como instrumento adequado de proteção de direitos previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos, com natureza de norma supralegal¹³⁴, conforme será visto no terceiro tópico do presente capítulo.

É correto afirmar que o sistema jurídico brasileiro, embora operante, enfrenta desafios consideráveis, quando se trata da incorporação de mecanismos internacionais de direitos humanos. No Brasil, o sistema de justiça é majoritariamente binário e vertical, concentrando a tomada de decisões em instâncias superiores. Essa característica dificulta o diálogo com órgãos internacionais de proteção de direitos humanos e a incorporação de uma tridimensionalidade no sistema de justiça.

134 Ainda neste tópico serão examinados aspectos acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

A possibilidade de manejo de um procedimento convencional chamando “envio prejudicial” (questão preliminar enviada a um tribunal internacional para instrução), similar ao que ocorre no sistema europeu, poderia enriquecer o diálogo entre magistrados nacionais e internacionais. Tal mecanismo permitiria uma maior permeabilidade de normas e interpretações internacionais no Direito brasileiro, conferindo ao sistema um caráter mais tridimensional.

Contudo, é fundamental reconhecer as limitações e especificidades do contexto brasileiro. A implantação de um sistema mais tridimensional exigiria mudanças legislativas e até constitucionais, além de uma profunda transformação na cultura jurídica. Não obstante, isso não significa que o sistema atual seja incompatível com avanços. O Poder Judiciário brasileiro, pelo contrário, tem demonstrado maior abertura ao controle de convencionalidade, como serão aqui observadas em decisões recentes do STF.

Em suma, enquanto a transformação para um sistema mais tridimensional seria ideal, o desafio imediato é otimizar o sistema binário e vertical existente, para torná-lo mais permeável às normas e princípios internacionais, sem perder de vista as peculiaridades do contexto jurídico brasileiro.

A elaboração de uma metodologia¹³⁵ de controle de convencionalidade, apta a possibilitar ao magistrado nacional passar a decidir mais casos com base nessa ferramenta, com maior segurança e eficiência sobre questões relacionadas aos tratados internacionais de direitos humanos, ainda é uma tarefa complexa, mas necessária. Esse tipo de mecanismo busca harmonizar as normas internacionais com o Direito interno, ao mesmo tempo em que oferece parâmetros para a sua aplicação.

O primeiro passo que deve ser continuamente efetivado pelo Poder Judiciário é a capacitação dos magistrados e de outros operadores

135 É enfatizada a necessidade de um planejamento com o desiderato de fomentar a utilização do controle de convencionalidade com frequência, para dirimir casos referentes às violações de direitos humanos, com amparo nos tratados internacionais de direitos humanos.

do Direito sobre os principais tratados internacionais e suas relações com o ordenamento jurídico interno. Com expertise, o controle de convencionalidade será um mecanismo processual utilizado com mais frequência nos órgãos jurisdicionais e nos embates do cotidiano da comunidade científica.

Outra medida relevante é promover a padronização de procedimentos para a identificação de conflitos entre normas internacionais e nacionais, para que o juiz possa facilmente apontar a presença de uma questão de convencionalidade. Quanto a esse aspecto, observa-se, na prática judicial, muitas dificuldades técnicas e operacionais para a constatação de demandas sobre convencionalidade.

A implementação de um sistema de acompanhamento para analisar a eficácia das decisões baseadas no controle de convencionalidade é significativa para o aperfeiçoamento das suas técnicas procedimentais. Esse sistema deve fornecer dados para subsidiar eventuais ajustes e revisões na metodologia.

É certo que diversos desafios surgirão no percurso, tanto de natureza técnica, quanto cultural. Por exemplo, o tradicionalismo do sistema jurídico brasileiro pode ser um obstáculo à aceitação mais ampla e efetiva do controle de convencionalidade. Contudo, é por meio do debate acadêmico e da prática judicial que essas questões poderão ser refinadas e solucionadas.

De fato, a natureza substitutiva do sistema jurídico brasileiro coloca limitações quanto à sua adaptabilidade e flexibilidade em relação ao controle de convencionalidade. Em sistemas compensatórios, como o europeu, há maior espaço para diálogos judiciais e ajustes normativos que incorporam de maneira mais dinâmica as normas e decisões internacionais.

No Brasil, o controle de convencionalidade ainda é visto, em certa medida, como uma faculdade do magistrado, não como um dever inerente ao seu ofício. Contudo, a jurisprudência vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece que o controle de convencionalidade é, de fato, um dever dos magistrados

e demais operadores do Direito, não precisando da adoção de uma medida legislativa para impor a obrigatoriedade aos magistrados de operacionalizar os procedimentos de convencionalidade.

É fundamental, portanto, que o sistema jurídico brasileiro caminhe no sentido de institucionalizar e operacionalizar esse dever. Isso requer, entre outras coisas, uma profunda mudança cultural, que valorize o papel das cortes internacionais e dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno.

Para que essa transformação aconteça, deve ocorrer um maior estreitamento e integração entre o sistema jurídico interno e os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos (PIOVESAN, 2019) e o Direito brasileiro deve assimilar a jurisprudência internacional de forma cogente (KRELL, 2002). Assim, o desafio não está apenas na implementação de técnicas e procedimentos, mas também na transformação da mentalidade jurídica, tornando o controle de convencionalidade uma prática efetiva e reconhecida como dever do magistrado no Brasil.

O sistema brasileiro, ao se submeter voluntariamente à jurisdição internacional, incorpora as exigências e responsabilidades que tal ato comporta, bem como assume o compromisso de adequar sua ordem interna às normas e decisões internacionais em matéria de direitos humanos. Esse é um dever que transcende os poderes do Estado, implicando em uma reconfiguração do papel dos operadores do Direito, especialmente os magistrados, no sentido de cumprir e aplicar efetivamente o controle de convencionalidade (TRINDADE, 2015).

O ato de ratificação de um tratado internacional é um complexo procedimento jurídico que, no Brasil, demanda a anuência dos poderes do Estado, como o Executivo e o Legislativo. Quando o Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) em 1992 (Decreto nº 678/1992) e aceitou a competência consultiva e contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998 (Decreto Legislativo nº 89/1998), ocorreu o exercício pleno da

soberania nacional para se submeter voluntariamente a um sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Esse conjunto de atos, desde a assinatura do Presidente da República, até a aprovação pelo Parlamento, com a publicação do decreto presidencial correspondente, é um manifesto do Estado brasileiro, no sentido de que ele reconhece e acata a jurisprudência internacional do Sistema Interamericano. Portanto, a jurisprudência vinculante da Corte IDH passa a ter aplicação obrigatória nos tribunais nacionais, transformando o controle de convencionalidade em um dever dos magistrados, não uma mera faculdade (TRINDADE, 2015).

O entendimento do STF fixado no julgamento do RE nº 466.343-1/SP foi um marco na jurisprudência brasileira, no que concerne ao status dos tratados internacionais de direitos humanos. Ao afirmar a posição supralegal desses tratados, o STF endossou a preeminência desses acordos sobre a legislação infraconstitucional, contudo, sem equipará-los à CRFB/1988. Tal decisão reforça a ideia de que o controle de convencionalidade é um dever dos magistrados e não uma simples opção, uma vez que o tratado tem uma posição hierárquica superior à da legislação ordinária.

A jurisprudência vinculante em matéria de direitos humanos decorre tanto por *stare decisis*¹³⁶, quanto por normas explícitas contidas nos tratados ratificados pelo Brasil. A concepção de que essa obrigação é primária e não secundária corrobora o entendimento de que os juízes nacionais não precisam esperar um pronunciamento do tribunal internacional para exercer o controle de convencionalidade. Esse é um dever inerente ao seu papel como garantidores dos direitos fundamentais e humanos (MARINONI, MITIDIERO e SARLET, 2018).

136 Os precedentes judiciais têm sua origem na doutrina do *stare decisis*, uma característica presente nos países que seguem o sistema da *common law* e que consideram obrigatório seu cumprimento. Esses julgados anteriores servem como base para a deliberação em casos subsequentes, influenciando seus impactos legais e moldando as decisões futuras (AMORIM e OERTLI JÚNIOR, 2016). No entanto, o Brasil, juntamente com outras nações que pertencem à tradição do Direito continental, tem adotado aspectos dessa prática em sua legislação processual com o objetivo de padronizar a jurisprudência e tratar de recursos de natureza repetitiva (NEVES, 2017).

O controle de convencionalidade, neste sentido, é uma prática que deve ser internalizada pelos magistrados, não algo a ser deferido exclusivamente pelo tribunal internacional. Este último atua mais como um órgão de supervisão e garantia, enquanto a execução prática desse controle é dever dos juízes nacionais. O exercício primário do controle de convencionalidade pelos tribunais nacionais é parte de sua função constitucional de proteger os direitos fundamentais e humanos (MAZZUOLI, 2011).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem desempenhado um papel crucial na articulação e esclarecimento do conceito de controle de convencionalidade. A partir do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, em 2006¹³⁷, a Corte estabeleceu para os Estados signatários da CADH e reconhecedores de sua jurisdição contenciosa, a obrigação de alinhar seus atos administrativos, judiciais e legislativos, sejam eles comissivos ou omissivos, com os tratados de direitos humanos em vigor no Sistema Interamericano (CORTE IDH, 2006).

Nesse processo convencional, a Corte Interamericana estabeleceu que os juízes nacionais devem exercer o controle de convencionalidade sem que haja necessidade de provocação por uma das partes (*ex officio*) (CORTE IDH, 2006). Isso significa que os magistrados têm o dever de examinar a compatibilidade entre as normas internas e os tratados internacionais de direitos humanos, sem que haja necessidade de uma autorização constitucional ou legal específica para tal. Essa determinação da Corte IDH foi um marco para o avanço do controle de convencionalidade no plano interno dos Estados signatários.

Essa orientação jurisprudencial contribui para a consolidação da efetividade dos direitos humanos em âmbito nacional. Ficou claro, nesse contexto, que o controle de convencionalidade é um dever jurídico dos magistrados, não uma mera faculdade. Além disso, essa

137 Essa tarefa dos Estados de alinhar os procedimentos internos aos preceitos previstos nas normas internacionais de direitos humanos foi denominada pela Corte como controle de convencionalidade (Corte IDH, 2006).

prática exige uma abordagem e uma conduta mais proativa dos juízes na proteção dos direitos fundamentais e humanos (SARMENTO, 2017).

Tal posição da Corte IDH reforça a noção de que o controle de convencionalidade é um mecanismo jurídico essencial para a garantia dos direitos humanos e, por conseguinte, impõe aos magistrados internos a exigência de incorporarem essa prática em seus julgamentos. Dessa forma, eleva-se o patamar de proteção dos direitos humanos e se alinha a jurisprudência nacional às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.

O caso *Gelman vs. Uruguai*¹³⁸, julgado pela Corte IDH em 2011, foi um marco para a definição dos contornos do controle de convencionalidade, ratificando a premissa de que é um controle primário e exercido *ex officio* pelo magistrado. A Corte IDH salientou um aspecto fundamental, de que esse controle não depende de autorização de normas internas e é uma obrigação que se estende a todas as instituições de Estado¹³⁹, ou seja, embora se constitua primordialmente como um dever da magistratura, não é exclusivo dela.

Esse posicionamento amplia o alcance do controle de convencionalidade, assegurando uma maior efetividade das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno, uma vez que todos órgãos e instituições internos são responsáveis

138 A decisão, proferida em fevereiro de 2011, estabeleceu que o Estado uruguaio era internacionalmente responsável por violações contínuas aos direitos humanos, incluindo desaparecimentos forçados, e pela ausência de uma investigação eficaz sobre o caso. A decisão também assinalou a falha do Uruguai de conformar seu Direito interno à CADH, devido à maneira como interpretou e aplicou a Lei de Caducidade (OEA, 2011).

139 Se um Estado é signatário de um acordo internacional, como a CADH, todos os seus entes institucionais, incluindo o Poder Judiciário, estão sujeitos a tal acordo. Isso impõe a necessidade de assegurar que a aplicação de leis domésticas não diminua o impacto das cláusulas da Convenção. Por essa razão, juízes e demais órgãos ligados à administração da justiça, em todas as esferas, têm o dever de executar, de ofício, um controle de convencionalidade para comparar as leis internas com a CADH. Eles devem fazer isso dentro do âmbito de suas competências e de acordo com as regras processuais pertinentes. Além disso, em tal tarefa, não só o texto do tratado deve ser considerado, mas também sua interpretação feita pela Corte Interamericana, a qual é a última instância interpretativa da CADH (CORTE IDH, 2011).

por proteger os direitos humanos mediante o sistema convencional, inclusive de ofício.

O caso *Garífuna de Punta Piedra vs. Honduras*¹⁴⁰ ilustra uma evolução significativa na compreensão do controle de convencionalidade. Nesse julgamento, a Corte IDH fez um destaque de que o controle deve ser exercido em consonância com os princípios internacionais pertinentes à matéria. Isso aponta para a existência de um devido processo convencional, tanto no âmbito interno, quanto no internacional, funcionando paralelamente ao devido processo legal tradicionalmente conhecido.

A ideia de um devido processo convencional confirma a crescente judicialização dos tratados internacionais no Direito interno brasileiro. Reforça-se, assim, o argumento de que o controle de convencionalidade é, na verdade, um mecanismo de controle difuso¹⁴¹. Se um tratado vincula o Brasil e possui status supralegal, como estabelecido pelo STF, no RE 466.343-1/SP, então se evidencia a obrigação de todos juízes e tribunais estarem obrigados a aplicar as convenções em cotejo com leis nacionais incidentes sobre o caso em apreço.

É neste sentido que a expressão controle de convencionalidade difuso ganha relevância. Se a obrigação é convencional e a jurisprudência brasileira concede a esses tratados um status supralegal, então a aplicação desses instrumentos internacionais deve ser uma prática disseminada por todos os órgãos judicantes. A função de garantir os direitos fundamentais não é exclusiva do STF, mas de

140 O caso aborda a responsabilidade internacional de Honduras por infringir o direito à posse coletiva, prejudicando a Comunidade *Garífuna Triunfo de la Cruz* e seus integrantes. A violação ocorreu pelo não cumprimento do dever estatal de delimitar e demarcar as áreas tituladas à Comunidade, assim como territórios reconhecidos como suas terras ancestrais. Além disso, o Estado falhou em assegurar o gozo eficaz do título de propriedade coletiva e em realizar um procedimento adequado para garantir o direito da Comunidade à consulta. A Corte identificou a violação de diversos direitos, incluindo o direito à propriedade coletiva, garantias judiciais e proteção jurídica (CORTE IDH, 2015).

141 A essência do controle de convencionalidade é apreciação de casos concretos de violações de direitos humanos. Ante o exposto, o sistema concreto e difuso é um campo fértil para o desenvolvimento do controle de convencionalidade.

todo o Poder Judiciário, o que se coaduna com esse entendimento mais abrangente do controle de convencionalidade (SARMENTO, 2017).

A questão da relação entre tratados internacionais e o ordenamento jurídico interno é uma das mais complexas na teoria constitucional contemporânea. O paradigma tradicional de controle, centrado na constituição como norma suprema do ordenamento, tem sido desafiado pela crescente internacionalização do Direito e, particularmente, pela proeminência dos tratados internacionais de direitos humanos. A eficácia dos direitos fundamentais não pode ser plenamente garantida apenas por mecanismos de controle constitucional, ela exige uma abordagem mais complexa e pluralista, que incorpore instrumentos internacionais (MARINONI, MITIDIERO e SARLET, 2018).

Na realidade brasileira, a CRFB/1988 não é mais o único parâmetro para o controle de normas e nem pode ser, principalmente ao se considerar o momento de reações legislativas aprovando medidas legis retrocessivas ao processo de afirmação dos direitos sociais. Isso é particularmente evidente quando se trata de direitos humanos, área em que tratados internacionais podem ter um status normativo supralegal, como confirmado pelo STF, no RE nº 466.343-1/SP. Portanto, uma norma pode ser constitucional, mas inconvençãoal. Isso reflete uma complexidade do sistema jurídico, onde a constitucionalidade não é mais sinônimo de validade incontestada da norma.

Essa perspectiva impõe novos desafios ao sistema jurídico, pois os juizes, especialmente aqueles situados em instâncias inferiores, terão que desenvolver uma nova habilidade interpretativa, que considere tanto a CRFB/1988, quanto os tratados internacionais relevantes. Isso também tem implicações para a Teoria do Direito, exigindo novas reflexões sobre conceitos fundamentais como soberania, constitucionalidade e a própria natureza do sistema jurídico.

A distinção entre norma vigente e norma válida é fundamental para entender as complexidades envolvidas no controle de convencionalidade. Enquanto a vigência de uma norma se refere à sua existência formal no ordenamento jurídico, a sua validade envolve

uma análise mais substancial, levando em conta sua compatibilidade com princípios axiológicos e normas fundamentais, como os direitos humanos.

No cenário brasileiro, a questão da convencionalidade abre um novo panorama para o controle de normas. Conforme antedito, uma norma pode ser constitucional – portanto, formalmente vigente –, mas ainda assim ser inconvenção, se contrariar tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Em face disso, abre-se, em nosso sentir, a possibilidade de se propor uma medida do controle de convencionalidade abstrato para instrumentalizar a compatibilidade de normas internas com os padrões internacionais de direitos humanos.

A implementação de um sistema de controle de convencionalidade abstrato mais amplo traria maior complexidade ao sistema jurídico, mas também maior coerência ao tratamento dos direitos humanos, alinhando a jurisprudência nacional com as obrigações internacionais. Isso também exigiria uma formação jurídica mais robusta dos intérpretes do Direito, que deveriam ser proficientes não apenas em Direito Constitucional, mas também em DIDH.

Desse modo, observa-se que o Brasil está gradativamente incorporando mecanismos e entendimentos que fortalecem a eficácia dos direitos fundamentais e humanos. Efetivamente, o Brasil tem um cenário jurídico dualista quanto ao controle de normas: o controle concentrado¹⁴², exercido pelo STF, e o controle difuso, exercido por qualquer magistrado no âmbito de sua competência.

O concentrado tem sido aplicado de maneira mais restrita ao controle de convencionalidade, tendo atualmente apenas quatro tratados internacionais como parâmetros: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; o Protocolo Facultativo dessa mesma Convenção; o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso (Decreto

142 A divisão em difuso e concentrado vale para os dois controles, constitucionalidade e convencionalidade.

nº 9.522/2018); e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (Decreto nº 10.932/2022).

O controle difuso, por outro lado, revela-se mais abrangente e flexível, permitindo aos juízes de instâncias inferiores exercer um controle de convencionalidade no seu dia a dia forense. Esse modelo confere maior dinamismo ao sistema e torna mais efetiva a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no país, uma vez que não fica restrito à apreciação do STF.

A internacionalização do Estado brasileiro indica um novo patamar de compromissos em relação ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Isso reflete uma responsabilidade ampliada para o Poder Judiciário, o qual agora deve não apenas assegurar a conformidade das normas internas com a Constituição, mas igualmente com os tratados internacionais de que o Brasil é parte. Este novo paradigma exige uma abordagem mais sofisticada de análise jurídica e representa uma obrigação judiciária no terceiro milênio. A atualização dos mecanismos de controle é um passo fundamental para a consolidação dessa nova fase de internacionalização do sistema jurídico brasileiro.

Essa atualização não está fácil de alcançar, havendo resistências pelas instituições brasileiras em viabilizar um sistema jurídico no qual o Estado brasileiro compatibilize suas normas infraconstitucionais ao duplo controle (constitucionalidade e convencionalidade), com o propósito de cumprir os direitos previstos na ordem interna (direitos fundamentais) e direitos sedimentados na ordem internacional (direitos humanos).

O caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil* é um exemplo ilustrativo da complexa relação entre o Direito interno e o Direito Internacional, no tocante à proteção dos direitos humanos. O STF, em sua decisão, optou por validar a Lei de Anistia, considerando-a um instrumento necessário para a consolidação democrática do país. Entretanto, a Corte IDH invalidou essa norma legal, por entender

haver incompatibilidade com a CADH, ao promover a impunidade de graves violações.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que uma norma infraconstitucional pode ser simultaneamente vigente, por estar em conformidade com a CRFB/1998, mas inválida, se for incompatível com tratados internacionais sobre direitos humanos. Com esse panorama, há a necessidade de equacionar esse tipo de conflito por meio de um exame rigoroso da hierarquia das normas, não somente em uma dimensão vertical (entre normas internas e a CRFB/1988), mas horizontal (normas internas e normas internacionais de direitos humanos).

O caso da prisão do depositário infiel é emblemático nesse horizonte. A aprovação da Súmula Vinculante nº 25 reflete, de fato, uma reviravolta interpretativa, pois embora a CRFB/1988 permitisse a prisão por dívida do depositário infiel, o STF decidiu pela inconveniência de qualquer forma de prisão por dívida, em virtude da incompatibilidade com a CADH.

O controle de convencionalidade, portanto, exige uma análise mais aprofundada e complexa que o mero controle de constitucionalidade. Ele envolve um diálogo não apenas entre normas de diferentes escalões dentro do ordenamento jurídico nacional, mas também com normas de Direito Internacional, em especial as relacionadas aos direitos humanos. O Poder Judiciário, nesse contexto, assume a responsabilidade de harmonizar essas fontes diversas de Direito, tendo como direcionamento a efetivação da proteção dos direitos humanos e fundamentais.

O tensionamento entre normas internacionais e o Direito interno não é trivial e exige um complexo exercício hermenêutico para a harmonização desses dispositivos, sob pena de comprometer o sistema de proteção de direitos fundamentais (Sarmiento, 2017). O controle de convencionalidade tem sua razão epistemológica voltada à proteção do ser humano contra graves violações de seus direitos, não importando a sua fonte material (Direito interno ou Direito Internacional).

Portanto, é fundamental que tanto o Poder Judiciário, quanto o Poder Legislativo brasileiros adotem um rigoroso controle de convencionalidade das leis federais, estaduais e municipais. A compatibilidade com a CRFB/1998 deve ser um critério, porém não o único. Deve-se ainda verificar a conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Tal abordagem assegura, além da vigência, a validade e a eficácia das normas, criando um sistema normativo mais coerente e eficaz de proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos.

O exercício do controle de convencionalidade pode ensejar diversas complexidades, sobretudo quando muitas camadas de proteção a direitos humanos estão envolvidas. Em casos de violações, como a de um exemplo hipotético de uma criança, mulher, indígena, com deficiência e refugiada, com interseccionalidade de direitos, implica-se uma análise de questões fáticas e jurídicas extremamente relevantes.

No exemplo hipotético mencionado, a análise da situação dessa criança não pode ocorrer por uma única lente, seja ela de gênero, etnia, condição física ou status migratório. Cada uma dessas categorias possui um conjunto próprio de tratados e princípios internacionais que a protegem. O magistrado, ao realizar o controle de convencionalidade de um caso com as condições do exemplo hipotético proposto, deve estar atento a todos os princípios internacionais pertinentes a cada uma das tais categorias. Isso requer um grau elevado de sensibilidade jurídica e consciência interseccional. É, sem dúvida, um desafio considerável e, ao mesmo tempo, uma oportunidade para o aprofundamento da proteção de direitos humanos em sua complexidade.

O número de casos que efetivamente chega à Corte IDH e recebe provimento é notoriamente baixo, em relação ao volume de casos inicialmente submetidos à Comissão Interamericana¹⁴³. No ano de 2022, a Corte IDH proferiu 34 sentenças, sendo 25 de mérito e 9 de interpretação, conforme seu relatório anual (CORTE IDH, 2022).

143 No ano de 2022, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu 34 sentenças, sendo 25 de mérito e 9 de interpretação.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por sua vez, recebeu um total de 2.440 petições, tendo avaliado 2.344 solicitações e apenas 340 casos foram admitidos, consoante relatório desse órgão (CIDH, 2022). Ao se fazer a correlação entre o número de petições protocolizadas na CIDH¹⁴⁴ com o de processos admitidos e sentenças proferidas pela Corte IDH, verifica-se que 14% foram petições conhecidas e tão somente 0,01% dos casos denunciados resultaram em decisões com apreciação do mérito¹⁴⁵, para determinar violação ou não de direitos humanos.

Assim, a CIDH adota um procedimento rígido de admissibilidade¹⁴⁶, resguardando, com isso, o caráter subsidiário e complementar do Sistema Interamericano, deixando a responsabilidade primária para a realização do controle de convencionalidade para as instâncias internas.

Esse fenômeno pode ser interpretado de diversas formas. De um lado, poderia ser visto como uma falha no sistema de proteção dos direitos humanos; de outro, como um reflexo da cautela e rigor da Corte IDH em somente abordar casos com o potencial de estabelecer precedentes importantes e impactar significativamente a interpretação dos direitos humanos no Sistema Interamericano.

A seleção rigorosa pode ser justificada pelo caráter representativo e paradigmático dos casos com aprovação de sua admissibilidade. A Corte IDH frequentemente prioriza casos com

144 A sistemática das petições individuais será discutida ainda neste tópico, mas, de modo geral, é a CIDH o órgão responsável por receber as demandas e fazer os seus juízos de admissibilidade.

145 É importante ressaltar que a Corte IDH pode ter julgado em 2022 processos admitidos pela CIDH em anos anteriores. Entretanto, o cálculo é realizado com o propósito de demonstrar o pequeno número de julgamentos realizados pela Corte, considerando o número de peticionamentos.

146 O juízo de admissibilidade é realizado pela CIDH por meio de dois enfoques. De um lado, a inadmissibilidade do processo decorre da questão processual, quando não há esgotamento de recursos internos ou origem de exceção. De outro lado, o não conhecimento do caso é decorrente de uma análise substantiva ou material, quando os fatos demonstrados não caracterizam violação dos direitos reconhecidos nos instrumentos da jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (CIDH, 2022).

possibilidade factível de estabelecer novas normas ou clarificar o entendimento de direitos humanos consagrados. Neste sentido, a jurisprudência da Corte, embora limitada em termos numéricos, tem um alto grau de impacto vinculativo com relação aos precedentes fixados nos seus julgamentos.

O tema do controle de convencionalidade suscita complexas questões a respeito da tensão entre soberania nacional e a observância de normas internacionais, sobretudo as de proteção aos direitos humanos. No contexto brasileiro e internacional, o debate se concentra na aparente antinomia entre resguardar a soberania estatal e garantir o cumprimento de tais tratados.

Em nossa análise, a soberania estatal não pode ser invocada como um escudo para violações de direitos humanos e fundamentais. O conceito de soberania, historicamente formulado no contexto da formação dos Estados-nação e delimitado por fronteiras geográficas, torna-se insuficiente e até mesmo inadequado para abordar a complexidade do atual sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Se um Estado opta por ratificar um tratado internacional, tal ato é em si um exercício de sua soberania. Logo, seria paradoxal e incongruente que o mesmo Estado invocasse sua soberania para justificar o descumprimento das obrigações assumidas perante a comunidade internacional. A noção tradicional de soberania se tornou obsoleta quando está em cotejo a proteção de direitos humanos em âmbito internacional (TRINDADE, 2002).

O Estado não pode se esquivar de suas responsabilidades internacionais alegando soberania, especialmente quando esse argumento é usado para justificar atos que contrariam normativas internacionais que o próprio Estado optou por ratificar.

O jurista do século XXI enfrenta o desafio de lidar com uma diversidade, sem precedentes, de fontes normativas. Além das decisões oriundas de novas organizações internacionais e nacionais, o trabalho com as fontes contemporâneas do Direito ultrapassa o mero conhecimento de leis, códigos, Constituição e normas internacionais.

É indispensável a habilidade de interpretar esses documentos à luz das decisões e precedentes de tribunais competentes, nacionais e internacionais.

Para haver avanços na promoção da cidadania, é crucial intensificar a aplicação do controle de convencionalidade e da proteção internacional de direitos humanos. Isso contribuirá para o desenvolvimento de um sistema protetivo mais robusto, particularmente para a população brasileira, que tanto necessita do Poder Judiciário como instituição garantidora de seus direitos, a fim de não se permitir o avanço da implementação de políticas legislativas voltadas à desconstrução da cidadania.

Para aprimorar a análise técnica do tema, é necessário fazer algumas observações sobre a terminologia utilizada para designar a categoria dos direitos humanos neste trabalho. A proteção de direitos é resultado de conquistas ao longo do tempo e resultou em mudanças na terminologia usada para conceituá-los. Entre as expressões clássicas vinculadas, podemos citar: direitos naturais, direitos individuais, liberdades públicas e direitos públicos subjetivos.

A expressão “direitos naturais” é empregada pelos jusnaturalistas para denotar direitos inerentes à natureza humana. Contudo, essa definição é vista como obsoleta, uma vez que direitos humanos são direitos conquistados ao longo da história (RAMOS, 2005).

O termo “direitos individuais” é criticado pois engloba apenas os de primeira dimensão, como o direito à vida e à liberdade, sendo insuficiente para abranger direitos de terceira e até quarta dimensões, como ao meio ambiente equilibrado. Já as chamadas “liberdades públicas” são definidas como faculdades e situações subjetivas legalmente consagradas, situadas, portanto, no domínio da positividade jurídica (CANOTILHO, 2003). Elas são tradicionalmente de cunho individual e visam garantir autonomia subjetiva aos indivíduos.

Por último, “direitos públicos subjetivos” é uma expressão oriunda da escola alemã de Direito Público do século XIX, usada para descrever direitos que protegem o indivíduo da ação estatal.

No entanto, com a transformação do Estado de liberal para social de direito, essa terminologia vem sendo cada vez menos empregada.

Da mesma forma, Perez Luño (2003) recorda que a designação “direitos humanos” está frequentemente associada a outras denominações que aparentemente denotam conceitos semelhantes. As designações incluem, mas não estão limitadas a direitos naturais, direitos fundamentais, direitos individuais, direitos subjetivos, direitos subjetivos públicos e liberdades públicas. Cada uma dessas expressões foi aplicada em momentos específicos da história, com a intenção de identificar circunstâncias jurídicas que não mais se alinham às percepções contemporâneas dos direitos humanos.

Embora frequentemente usados como sinônimos, atualmente há uma disputa doutrinária em determinadas análises e estudos contemporâneos a respeito do tema, buscando apontar distinções entre as designações “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. No nosso entender, não há razão para justificar as diferenças entre direitos humanos e fundamentais, pois é preciso ter uma visão abrangente e integrada, alinhada com as necessidades sociais.

Uma crítica inicial às distinções tradicionalmente feitas é que a abordagem deveria começar não pelos “direitos”, mas pelos “bens” essenciais à vida digna do ser humano. Tais bens, sejam eles materiais ou imateriais, como liberdade de expressão, educação, moradia, trabalho, meio ambiente, entre outros, justificam a luta por direitos, especialmente em face do processo desigual e injusto de sua distribuição. Os direitos humanos são, portanto, manifestações das demandas sociais por uma vida digna e não devem ser vistos de forma abstrata, mas como acesso justo e imparcial a esses bens (REIS, 2012).

Seguindo essa lógica, a diferenciação entre as categorias de direitos humanos e direitos fundamentais se torna irrelevante, pois todos os direitos humanos são, de fato, direitos fundamentais. O esforço para estabelecer uma distinção entre os dois pode ser mais prejudicial do que benéfico na busca por alcançar os objetivos constitucionais valorativos que se centram na proteção integral da dignidade humana, tanto no nível individual, quanto coletivo.

No âmbito da União Europeia, há evidências claras reforçando a indistinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, demonstradas pelo uso dessas expressões como pertencentes a uma única categoria de direitos. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/C 364/01) utiliza essas designações como equivalentes (CAVALLO, 2010).

No sistema comunitário europeu, *standard* do Direito Internacional, a nomenclatura direitos fundamentais é frequentemente utilizada, conforme se observa em documentos importantes, como a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (1989) e as versões da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000 e 2007).

Ademais, a Corte IDH já empregou as definições de direitos fundamentais e direitos humanos como sinônimas, a exemplo da decisão do caso *Tristán Donoso vs. Panamá* (CORTE IDH, 2009), além de outros precedentes¹⁴⁷.

Outro argumento em favor da superação da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na atual conjuntura de os Estados voluntariamente terem se submetido à jurisdição internacional em matéria de direitos humanos, vinculando as ações e omissões estatais, sejam elas oriundas do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, sob o sistema de monitoramento internacional (CAVALLO, 2010).

Na realidade latino-americana, especificamente, os Estados reconhecem e aceitam a jurisdição da Corte IDH. Como resultado, qualquer ato violador de direitos humanos desses Estados está sujeito a julgamento internacional por ela, com base nos princípios estabelecidos na CADH. Vê-se, assim, que a manutenção de uma distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos se tornou sem sentido, com o avanço dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos (CAVALLO, 2010).

147 Caso *Baldeón García vs. Peru*, de 6 de abril de 2006; Caso *Pueblo Indígena Sarayaku respecto Ecuador*, de 6 de julho de 2004 (AGUILAR CAVALLO, 2010).

Na verdade, com o aprimoramento dos mecanismos de controle de convencionalidade, a última instância de controle estatal está baseada em direitos humanos. Essa diferenciação reflete uma concepção unitária do sistema jurídico, que ignora a multiplicidade de regimes jurídicos existentes dentro de um Estado. Tal visão está enraizada em um paradigma jurídico que remonta ao século XIX e aos conceitos de soberania estatal do século XX, em que a Constituição decorre de uma manifestação máxima dessa soberania (CAVALLO, 2010). Apesar disso, as distinções ainda devem ser apresentadas, pelo fato de o sistema jurídico brasileiro estar moldado no modelo substitutivo e não espiral, como o sistema europeu.

Como o modelo de sistema jurídico do Brasil é verticalizado, funcionando por meio da vinculação a decisões de tribunais superiores, não se consegue implantar a aplicação de direitos em planos multiformes, o que facilitaria para não haver distinções quanto ao grau de positivação entre os direitos aprovados nas instâncias internacionais e os positivados no seu sistema interno.

De acordo com essa circunstância, as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” devem ser aqui empregadas e estudadas com contornos distintos, destacando suas diferenças tanto no campo do direito material, quanto no do direito processual, mas com base em um estudo que enfaticamente mencionará as doutrinas diretamente condizentes e relacionadas ao funcionamento dos sistemas interamericano e interno (brasileiro) de proteção aos direitos humanos¹⁴⁸, a serem descritas a seguir.

148 Outras abordagens teóricas quanto às distinções entre direitos humanos e fundamentais existem. Por exemplo, pode ser mencionada a análise de Gianluigi Palombella (2004), acerca dos estudos de Michael Ignatieff, colocando o funcionamento dos direitos humanos em múltiplos planos. Eles são, por um lado, condições mínimas de dignidade baseadas em uma lógica kantiana, moral e deontológica. No entanto, também são estruturas de valor que estão abertas à negociação política e ao reconhecimento ético. Eles operam tanto no âmbito do individualismo, quanto servem como alicerce para a unidade coletiva, frequentemente entrando em tensão com outros valores fundamentais. Ao contrastar essa visão com a dos direitos fundamentais, sugere que, enquanto os direitos humanos podem ser entendidos como estruturas abstratas, os direitos fundamentais não o são. Estes últimos requerem uma justificação adicional que vá além da moralidade abstrata, precisando ser integrados

No tocante à órbita do direito material e levando em consideração o critério de positivação, a denominação “direitos fundamentais” é mais apropriadamente aplicada aos direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados no âmbito do Direito Constitucional de um Estado específico. Por outro lado, a expressão “direitos humanos” está ligada aos documentos de Direito Internacional e se referem às posições jurídicas atribuídas ao ser humano como tal, independentemente de sua associação com uma ordem constitucional específica, visando assim à validade universal (SARLET, 2002).

Os direitos humanos¹⁴⁹ se aplicam ao ser humano unicamente pelo fato de ele ser uma pessoa e fazem parte de uma espécie de ética jurídica universal. Por outro lado, os direitos fundamentais dizem respeito às pessoas enquanto membros de uma entidade pública específica. Ante o exposto, a distinção em destaque, quanto ao direito material, busca diferenciar os dois conceitos a partir da concretização positiva. Em uma breve síntese, os direitos humanos são positivados pelos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, enquanto os direitos fundamentais são positivados pelo sistema jurídico interno de cada Estado (SARLET, 2002).

No entanto, mesmo considerando essas teorias justificadoras de distinções entre as expressões de direitos humanos e de direitos fundamentais, é crucial reconhecer a relação próxima entre as duas categorias. A maioria das constituições surgidas após a Segunda Guerra Mundial foi inspirada pela DUDH de 1948 e pelos subsequentes documentos internacionais e regionais (SARLET, 2002), o que resulta

em uma estrutura da sociedade mais ampla, servindo a finalidades específicas, orientadoras das instituições políticas. Assim, para uma efetiva descrição dos direitos fundamentais, é imperativo demonstrar que esses direitos desempenham uma função crucial na manutenção e no desenvolvimento de uma sociedade organizada

149 De acordo com algumas perspectivas, existe uma tentativa de associar os direitos humanos aos direitos naturais. No entanto, a aprovação de direitos humanos em tratados de Direito Internacional aponta para um caráter histórico e relativo desses direitos, distanciando-os da concepção de direitos naturais. Historicamente, os direitos humanos representam uma manifestação do direito positivo que dá forma aos direitos naturais. Nesse contexto, os direitos naturais adquirem uma dimensão pré-estatal e até mesmo supraestatal (SARLET, 2002).

em estreita convergência e harmonização entre as declarações internacionais e os textos constitucionais.

Importa ressaltar que, concretamente, não há uma correspondência exata entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, seja no âmbito do Direito Internacional ou nas constituições dos diferentes Estados. De fato, por vezes o rol de direitos fundamentais é menos abrangente do que os direitos humanos previstos em instrumentos internacionais. Em outros casos, como o da CRFB/1988, o texto constitucional é significativamente mais amplo (SARLET, 2002). Isso, ao invés de invalidar a premissa de que existe uma relação íntima, constitui em aspecto dificultador para a diferenciação entre as expressões.

De outro modo, não se pode estabelecer também uma identidade entre os direitos naturais do homem e os direitos humanos ou fundamentais. Ainda que alguns destes últimos tenham se originado da posituação dos direitos naturais defendidos pela teoria jusnaturalista, como ocorre com os direitos clássicos à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade, eles não são necessariamente idênticos (SARLET, 2002).

Com relação ao campo processual, é importante também observar que há diferenças quanto ao nível de aplicação e proteção entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Os primeiros, geralmente, possuem um maior potencial de efetivação, especialmente devido à presença de instituições estatais como o Poder Judiciário, as quais estão equipadas para garantir o respeito e a realização desses direitos, apesar de ainda não terem vencido as barreiras culturais para aplicarem os procedimentos de proteção aos direitos humanos com caráter obrigatório, em virtude do compromisso assumido pelo Estado brasileiro com a incorporação das normas do Sistema Interamericano, além de outros.

Já a eficácia jurídica e social dos direitos humanos, por não estarem incluídos formalmente¹⁵⁰, nessa perspectiva conservadora,

150 A cláusula de abertura democrática (art. 5º, § 2º, da CRFB/1988), em nossa percepção, determina a aplicação de diálogos jurisdicionais entre as instâncias internas e internacionais (PIOVESAN, 2013a), como direcionamento para o fortalecimento do

entre o elenco de direitos fundamentais de um determinado Estado, geralmente depende da sua incorporação na ordem jurídica interna e da forma como a jurisdição doméstica efetivará os controles de proteção dos direitos previstos nas normas internacionais de direitos humanos. Além disso, o caráter cogente dos direitos humanos é influenciado pelo status jurídico¹⁵¹, que lhes é atribuído pela ordem jurídica do Estado integrante do correspondente sistema internacional.

O cenário brasileiro quanto à utilização do controle de convencionalidade, conforme demonstrado neste tópico, vem passando por um processo de evolução, mas ainda encontra muitas resistências, principalmente por parte dos órgãos jurisdicionais, para a aplicação dos mecanismos convencionais com maior amplitude, efetivação e abrangência para soluções de casos de violações de direitos humanos.

Apesar das considerações apresentadas de discordâncias com a visão tradicional de diferenciar as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, os principais contornos, aqui verificados acerca das teorias justificadoras das diferenciações entre eles, apresentam relevância teórica e prática para a correta compreensão das dinâmicas dos procedimentos de controle de convencionalidade, principalmente os do sistema interno brasileiro, conforme será apresentado no próximo item.

A despeito de a realidade prático-procedimental dos controles de convencionalidade realizados nas instâncias jurisdicionais do Brasil estar calcada nessa perspectiva formalista de distinções entre as fontes normativas dos planos internacional e interno de proteção dos

Estado Democrático de Direito, mantendo sua base estrutural alicerçada no princípio *pro homine*. Essa cláusula possui um grau elevado de importância e exige do Estado brasileiro medidas concretas de aprimoramento dos controles de proteção dos direitos humanos e fundamentais. Essa norma constitucional e convencional possui natureza híbrida, ensejando a responsabilidade do Estado brasileiro de proteção de direitos humanos, tanto na esfera do Direito material, quanto na do Direito processual, conforme ainda será visto mais adiante neste capítulo.

151 Trata-se da temática da natureza jurídica dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Esse assunto será ainda debatido no presente tópico deste trabalho.

direitos humanos, o controle de convencionalidade no sistema interno teve avanços significativos, desde 2008¹⁵². Entretanto, determinados pontos teórico-processuais, de acordo com as propostas que serão apresentadas com o quarto tópico deste capítulo, devem ser efetivados para a ampliação da proteção dos direitos humanos e fundamentais pelo Estado brasileiro.

3.2. MECANISMOS DE CONTROLE DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO E NO SISTEMA INTERNO

O processo histórico de proteção internacional aos direitos humanos é marcado por uma série de avanços e retrocessos¹⁵³. Nesse

152 O julgamento do primeiro precedente de convencionalidade no STF, *in casu*, o RE nº 466.343-1/SP ocorreu no dia 3 de dezembro de 2008.

153 Comparato (2010, p. 53-54), ao analisar os precedentes históricos do processo de internacionalização dos direitos humanos, faz um relato relevante sobre a Segunda Guerra Mundial e como esse conflito impactou na reorganização das relações internacionais: “A Guerra Mundial de 1939 a 1945 costuma ser apresentada como a consequência da falta de solução, na Conferência Internacional de Versalhes, às questões suscitadas pela Primeira Guerra Mundial e, portanto, de certa forma, como as retomadas das hostilidades, interrompidas em 1918. Essa interpretação é plausível, mas deixa na sombra o fato de que o conflito bélico deflagrado na madrugada de 1.º de setembro de 1939, com a invasão da Polônia pelas forças armadas da Alemanha nazista, diferiu profundamente da guerra de 1914 a 1918. [...] Diferiu não tanto pelo maior número de países envolvidos e a duração mais prolongada do conflito – seis anos, a partir das primeiras declarações oficiais de guerra, sem contar, portanto, a ocupação da Manchúria pelo Japão, em 1932, e a da Etiópia pela Itália, em 1935 –, quanto pela descomunal cifra de vítimas. Calcula-se que 60 milhões de pessoas foram mortas durante a Segunda Guerra Mundial, a maior parte delas civis, ou seja, seis vezes mais do que no conflito do começo do século, em que as vítimas, em sua quase totalidade, eram militares. Além disso, enquanto a guerra do início do século provocou o surgimento de cerca de 4 milhões de refugiados, com a cessação das hostilidades na Europa, em maio de 1945, contavam-se mais de 40 milhões de pessoas deslocadas, de modo forçado ou voluntário, dos países onde viviam em meados de 1939. Mas, sobretudo, a qualidade ou índole das duas guerras mundiais foi bem distinta. A de 1914-1918 desenrolou-se, apesar da maior capacidade de destruição dos meios empregados (sobretudo com a introdução dos tanques e aviões de combate), na linha clássica das conflagrações anteriores, pelas quais os Estados procuravam alcançar conquistas territoriais, sem escravizar ou aniquilar os povos inimigos. A Segunda Guerra Mundial, diferentemente, foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de

contexto, foram estabelecidas diversas instituições e documentos legais com o intuito de prevenir atrocidades contra a humanidade e violações graves dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012).

De fato, o processo de internacionalização e universalização dos direitos humanos é um fenômeno histórico complexo, que se desdobra em diversas etapas e instituições. É relevante a consideração de seus precedentes, tais como o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

O Direito Humanitário, originado das Convenções de Genebra e de outros tratados similares, representa uma das primeiras tentativas de estabelecer normas internacionais para a proteção de indivíduos em situações de conflito armado (PIOVESAN, 2012). Essa é uma área jurídica que transcende fronteiras nacionais e foca na humanidade compartilhada, estabelecendo um dos primeiros pilares para a internacionalização dos direitos humanos.

A Liga das Nações, embora não tenha sido bem-sucedida em prevenir conflitos de grande escala, como a Segunda Guerra Mundial, lançou as bases para a criação de um sistema multilateral, visando, à época, à resolução pacífica de conflitos e à promoção de direitos humanos (PIOVESAN, 2019). A experiência da Liga fez emergir a necessidade de uma entidade mais eficaz e abrangente, culminando na criação das Nações Unidas e na universalização dos direitos humanos, por meio da DUDH (1948).

Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem um papel especial no âmbito dos direitos sociais e trabalhistas. Criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, a OIT trabalha para melhorar as condições laborais e estabelecer padrões de trabalho digno (PIOVESAN, 2018). A sua existência e atuação demonstram a crescente

conquista das Américas a partir dos descobrimentos. Ademais, o ato final da tragédia – o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente – soou como um prenúncio de apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida na face da Terra. As consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana”.

preocupação internacional com questões anteriormente consideradas de jurisdição exclusivamente nacional.

Esses precedentes históricos representam marcos no desenvolvimento da normatividade internacional relativa aos direitos humanos. Eles evidenciam uma trajetória de progressiva internacionalização e universalização, reforçando a ideia de que os direitos humanos não são apenas uma questão de jurisdição interna, mas de preocupação internacional.

Já a consolidação do Direito Internacional de Direitos Humanos é um processo também materializado por eventos impactantes ocorridos na primeira metade do século XX, dentre os quais o Tribunal de Nuremberg, a Carta das Nações Unidas e a DUDH se destacam (PIOVESAN, 2012).

O Tribunal de Nuremberg foi um marco na história do Direito Internacional. Instaurado para julgar crimes de guerra e contra a humanidade cometidos durante a Segunda Guerra Mundial (PIOVESAN, 2012), estabeleceu precedentes jurídicos e éticos, inaugurando a era moderna da justiça internacional. A noção de que indivíduos e Estados podem ser responsabilizados em fóruns internacionais por violações graves de direitos humanos ganhou sua primeira expressão prática de envergadura em Nuremberg.

A Carta das Nações Unidas, assinada em 1945, serviu para estabelecer um novo sistema global baseado nos princípios da paz, segurança e respeito aos direitos humanos. A Carta criou as Nações Unidas como um corpo internacional e igualmente lançou as bases para a codificação e a proteção dos direitos humanos em escala global (PIOVESAN, 2019).

Por último, mas não menos importante, a DUDH de 1948¹⁵⁴ constituiu um momento seminal. Essa resolução da ONU articulou

154 A natureza jurídica da DUDH suscita calorosos debates na comunidade jurídica. Quanto ao valor jurídico da Declaração de 1948, ela não é um tratado e nem pretendia ser um instrumento legal ou que contenha obrigação legal, pois, conforme seu preâmbulo, o propósito é a busca pelo reconhecimento universal dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012). Contudo, tem forma de resolução e, assim, no enfoque estritamente legalista, não tem força obrigatória e vinculante. Todavia, tem sido concebida como

uma visão global sobre os direitos e liberdades fundamentais que devem ser garantidos a todos os seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, raça, religião ou qualquer outra condição. A Declaração se tornou o paradigma normativo para tratados e convenções subsequentes sobre direitos humanos, solidificando o conceito de que tais direitos são universais e inalienáveis.

Como visto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é um desenvolvimento histórico recente, originado como reação às barbáries durante a Segunda Guerra Mundial. Nesse cenário, os direitos humanos emergem como um novo padrão ético direcionador da atual estrutura internacional. A propagação global dos direitos humanos se estabelece como um foco válido e imperativo tanto para organismos estatais, quanto para entidades não governamentais, visando o estabelecimento e a tutela desses direitos. Desse esforço advém a criação de um sistema jurídico internacional voltado para a proteção dos direitos humanos.

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos compreende ferramentas globais e regionais, além de dispositivos de natureza geral e específica. Fundamentado no princípio da dignidade humana, esses sistemas atuam de forma complementar e interagem com as estruturas nacionais de proteção, com o objetivo de maximizar a eficácia da proteção e promoção dos direitos humanos (CRUZ e PIOVESAN, 2021).

Neste sentido, o sistema internacional serve como uma camada adicional de garantia, oferecendo mecanismos de supervisão e responsabilização internacionais, os quais podem ser ativados quando

a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos”, constante na Carta das Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica obrigatória e vinculante. Assim, a Carta da ONU e a Declaração de 1948 são documentos inter-relacionados. Outrossim, a DUDH é considerada ainda como fonte de caráter cogente, por se enquadrar como direito costumeiro internacional e princípio geral de direito, pois os seus preceitos são incorporados pelas constituições nacionais e as resoluções da ONU são aprovadas com determinações para a observância de suas disposições. As decisões das cortes nacionais são proferidas com base em seus fundamentos. Enfim, o que se verifica na prática é a invocação generalizada da Declaração como regra dotada de *jus cogens* (PIOVESAN, 2012).

o sistema nacional se mostra inadequado, falho ou inerte na proteção desses direitos.

O Estado, ao integrar o sistema internacional de proteção, por meio da ratificação de tratados, submete-se a um regime de regulação, supervisão e controle, no que diz respeito à aderência aos direitos humanos dentro de suas fronteiras. Em situações de infração a esses direitos, o Estado, a depender do grau de monitoramento vinculado, fica passível de sanções e pressões no cenário internacional.

A proteção internacional dos direitos humanos é efetivada por dois sistemas distintos, porém complementares: o sistema global, representado principalmente pelas instituições da Organização das Nações Unidas (ONU), e os sistemas regionais, que incluem o sistema interamericano, o sistema europeu e o sistema africano, entre outros (PIOVESAN, 2016).

O Sistema Global de Proteção Internacional dos Direitos Humanos¹⁵⁵ é uma estrutura complexa que busca assegurar o respeito e a promoção dos direitos fundamentais. Está dividido em dois subsistemas, que atuam de maneira complementar, adicional e integrada: o sistema de proteção geral e o sistema de proteção especial.

O sistema de proteção geral está ancorado na Carta das Nações Unidas e em instrumentos fundamentais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵⁶ (PIOVESAN, 2013a). As normas de proteção geral são destinadas a todos os indivíduos, genérica e abstratamente.

155 Não serão tratados maiores detalhes sobre o sistema global pelo fato do objeto do trabalho, ora apresentado, ter ficado adstrito em avaliar o controle de convencionalidade nos sistemas interamericano e interno brasileiro, com o objetivo de propor medidas de aprimoramento para uma melhor sistematização dos mecanismos de proteção de direitos humanos, buscando solidificar os alicerces e premissas do Estado Constitucional Cooperativo (MALISKA, 2021).

156 Os três documentos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, forma a Carta Internacional de Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), base normativa do Sistema Normativo Global de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, também conhecido como Sistema da ONU (TRINDADE, 2003).

O sistema de proteção especial, por outro lado, foca na proteção de indivíduos ou de grupos de indivíduos vulneráveis ou em temas específicos de direitos humanos. Entre os instrumentos internacionais dedicados a essa proteção especial estão a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Esse subsistema também inclui órgãos e procedimentos especiais, como relatores especiais e comitês (TRINDADE, 2003).

Por outro lado, os sistemas regionais têm a vantagem da especificidade. Eles surgem da realidade histórica, cultural e política de cada região e, em razão disso, tornam-se mais aptos a abordar questões que são particularmente relevantes para os Estados membros. Por exemplo, a Corte IDH lida com questões que são especialmente pertinentes aos países das Américas, enquanto a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos aborda questões cruciais para o continente africano.

Os sistemas global das Nações Unidas e regional de proteção de direitos humanos não são dicotômicos. Na verdade, os diversos sistemas de proteção aos direitos humanos são complementares e adicionais, constituindo um complexo universo de instrumentos internacionais, com mecanismos de supervisão, denúncia, monitoramento e julgamento.

Aos indivíduos é concedida a opção de selecionar o mecanismo mais apropriado em um caso específico de transgressão de direitos humanos, podendo optar pelo sistema mais protetivo e que conta com os meios mais eficientes e eficazes de fiscalização e monitoramento do cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos. Em suma, os variados sistemas atuam de forma complementar para o benefício das pessoas abrangidas.

Os sistemas global e regionais de proteção de direitos humanos são fundamentados na DUDH e fazem parte do conjunto de mecanismos disponíveis para a proteção dos direitos humanos em nível global.

Essa relação de complementaridade está orientada pela aplicação do princípio *pro homine* (da norma mais favorável ao indivíduo).

O princípio *pro homine* orienta o DIDH, auxiliando na atenuação ou resolução de conflitos normativos entre diferentes instrumentos legais. Outrossim, o vetor da aplicação da norma mais favorável promove uma maior integração entre esses instrumentos, tanto em uma dimensão vertical (tratados e direito doméstico), quanto horizontal (múltiplos tratados). Por fim, o postulado em questão evidencia a tendência e o objetivo de coexistência de distintos mecanismos legais com a finalidade de expandir e reforçar a tutela dos direitos humanos (PIOVESAN, 2013b).

Embora funcionem de forma autônoma, frequentemente atuam de forma complementar, como, por exemplo, quando as decisões de tribunais regionais são levadas à Corte Internacional de Justiça ou a outros órgãos da ONU para a aplicação de medidas adicionais no cumprimento das normas e de proteção e promoção de direitos humanos (TRINDADE, 2003).

No tocante à relação entre o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos e os sistemas internos de cada Estado, é norteadada pelo princípio da subsidiariedade. Esse princípio, como pedra angular da interação entre mecanismos internacionais e internos de proteção dos direitos humanos, estabelece que a intervenção internacional em questões de direitos humanos só é legítima quando as instituições nacionais falham em fornecer proteção adequada (PIOVESAN, 2012).

Ante o exposto, o Estado mantém a responsabilidade primária de garantir o respeito e a promoção dos direitos humanos dentro de seu território. Os Estados, com suas constituições e legislações internas, têm o dever primordial de garantir os direitos fundamentais de seus cidadãos. Essa responsabilidade inclui não apenas a implementação de leis e políticas, mas também o estabelecimento de instituições eficazes para a supervisão e aplicação desses direitos (TRINDADE, 2006).

O ideal, de acordo com esse escopo, é a existência de mecanismos internos efetivos de reparação e recurso para as vítimas de violações

de direitos humanos. De forma complementar, o DIDH serve como uma rede de segurança, suplementando e, em algumas situações, corrigindo os sistemas nacionais.

O Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos estabelece padrões mínimos de proteção aos direitos humanos e oferece mecanismos adicionais de responsabilização, como cortes e comissões internacionais, para casos em que as autoridades nacionais são incapazes ou relutantes em agir (PIOVESAN, 2021). Desse modo, o sistema internacional funciona como um aditivo, e não como um substituto, ao sistema nacional.

A complementaridade entre o sistema internacional e o interno está também refletida em mecanismos de controle de convencionalidade, os quais permitem às cortes nacionais avaliar a conformidade da legislação e práticas internas com os tratados internacionais ratificados. Isso estabelece um diálogo contínuo para a harmonização entre o Direito Internacional e o Direito interno, ambos convergindo para o objetivo comum de proteção e promoção dos direitos humanos.

Agora é importante destacar e analisar os principais contornos acerca da estrutura, especificidades e controles do Sistema Interamericano. Ele é composto por duas vertentes principais: uma baseada na CADH, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, e a outra fundamentada na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A CADH, aprovada em 1969 e que entrou em vigor em 1978¹⁵⁷, tem enfoque predominante nos direitos civis e políticos. Curiosamente, este tratado não enuncia de maneira explícita direitos sociais, culturais e econômicos. Em vez disso, determina que os Estados-partes devem buscar a implementação progressiva desses direitos, por meio de medidas legislativas ou de outra natureza que forem apropriadas¹⁵⁸.

157 A CADH foi ratificada pelo Estado brasileiro em 25 de setembro de 1992, porém entrou em vigor com a promulgação do Decreto nº 678/1992.

158 Conforme o art. 26, da CADH: “Desenvolvimento Progressivo. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante

Essa abordagem progressiva do Pacto de San José da Costa Rica revela uma tentativa de equilibrar as obrigações imediatas e as de longo prazo dos Estados. Assim, os Estados não são apenas responsáveis por não violar direitos humanos, mas também têm a responsabilidade de tomar medidas concretas para alcançar a plena realização dos direitos sociais, culturais e econômicos, de acordo com suas capacidades.

Posteriormente, o Protocolo de San Salvador, um Protocolo Adicional à CADH, focado em direitos sociais, econômicos e culturais, foi adotado pela Assembleia Geral da OEA, em 1988. No Brasil, esse Protocolo entrou em vigor com a promulgação do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. A inclusão desse protocolo no ordenamento jurídico brasileiro ampliou o leque de direitos protegidos e reforçou a necessidade de políticas públicas voltadas para a sua realização (PIOVESAN, 2021).

A seguir, serão analisados os mecanismos de monitoramento dos Estados quanto ao cumprimento dos preceitos do Protocolo Adicional à CADH e à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse ponto, o Sistema Interamericano não foi tão avançado quanto se esperava, em virtude de existir a sistemática de petições individuais para o controle dos direitos civis e políticos e se imaginou o mesmo mecanismo de monitoramento no Protocolo de San Salvador.

O sistema de proteção estabelecido pela CADH possui um robusto mecanismo de monitoramento e execução, composto pela CIDH e pela Corte IDH, as quais passaram a adotar precedentes para viabilizar o conhecimento de casos de violações de direitos sociais, por meio de construções hermenêuticas (MAZUOLLI, 2011).

A CIDH tem a importante missão de assegurar o respeito e a proteção dos direitos humanos na América. A competência da

cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados". O dispositivo em questão é, para alguns juristas, um dos fundamentos do princípio do não retrocesso.

Comissão engloba todos os Estados signatários da CADH, no que tange aos direitos ali estabelecidos, e se estende aos Estados-membros da OEA, em relação aos direitos previstos na Declaração Americana de 1948 (TRINDADE, 2003).

A Comissão é responsável por emitir recomendações aos Estados signatários, pedindo a implementação de ações apropriadas para a proteção dos direitos humanos, conforme delineado na CADH. Ademais, elabora pesquisas e documentos necessários para assegurar o cumprimento, por parte dos Estados-partes, dos direitos estipulados no Pacto de San José da Costa Rica (PIOVESAN, 2021).

A CIDH tem ainda o poder de requisitar aos Estados informações sobre as ações tomadas para a efetiva aplicação da Convenção e apresenta um relatório anual sobre a observância ou não dos princípios da CADH à Assembleia Geral da OEA¹⁵⁹. Cabe à Comissão fazer recomendações aos governos dos Estados-partes, prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção desses direitos, além de preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários (MAZZUOLI, 2011).

Também está dentro do escopo das competências da CIDH apreciar as denúncias enviadas por indivíduos, grupos de indivíduos ou organizações não governamentais (mecanismo das petições individuais), que reportem infrações a direitos estabelecidos na Convenção, cometidas por um Estado que seja signatário da mesma¹⁶⁰.

A Comissão, ao fazer juízo de admissibilidade de petição de uma pessoa ou entidade, para conhecer a demanda, perquirirá a presença de critérios de admissibilidade, que incluem, entre outros: a) esgotamento prévio das vias judiciais internas, exceto quando houver atraso processual injustificado ou ausência de devido processo legal na legislação nacional; e b) ausência de uma litispendência internacional¹⁶¹.

159 Todas essas atribuições da CIDH constam no art. 41, da CADH.

160 A sistemática de petições individuais, como mecanismo de monitoramento de proteção de direitos humanos do Sistema Interamericano, está prevista no art. 44, do Pacto San José da Costa Rica.

161 Os pressupostos de admissibilidade das petições individuais propostas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos constam no art. 46, item 1, da CADH.

Todavia, existem exceções¹⁶² a esses requisitos. Caso o Estado denunciado não ofereça garantias de um devido processo legal, o requisito do esgotamento dos recursos internos pode ser dispensado. Outra possibilidade de exceção é se a vítima ou seus representantes legais não tiveram a possibilidade de acesso aos recursos jurídicos internos. Por fim, se houver uma demora injustificada na decisão judicial interna, o peticionário também pode ser liberado do requisito do esgotamento dos recursos internos.

A sistemática de petições individuais no Sistema Interamericano difere substancialmente daquela adotada no âmbito do Sistema Global, sobretudo no que concerne aos procedimentos estabelecidos pelos Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁶³.

No Sistema Global, os mecanismos de monitoramento e recepção de petições individuais são estabelecidos por meio de Protocolos Facultativos aos Pactos, como o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Isso significa que, mesmo após ratificar um desses Pactos, um Estado-parte deve aderir separadamente ao respectivo Protocolo Facultativo, para aceitar a competência dos comitês de monitoramento em receber

162 As exceções às exigências dos pressupostos de admissibilidade das petições individuais propostas perante a CIDH estão dispostas no art. 46, item 2, da CADH.

163 Em 2008, com a aprovação do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adquiriu novas atribuições. Ele passou a ter a competência para avaliar reclamações individuais e iniciar investigações em situações de violações severas ou sistemáticas ao referido Pacto. Assim, os direitos especificados no Pacto da ONU sobre os direitos de segunda dimensão de direitos humanos agora têm um mecanismo para petições individuais, fortalecendo a legitimidade processual dos indivíduos no âmbito internacional (PIOVESAN, 2012). Esse mecanismo de monitoramento das petições individuais para denunciar violações de direitos econômicos sociais e culturais não está implementado formalmente no Sistema Interamericano, não constando nada a respeito do Protocolo de San Salvador. Esse fato impulsionou a Comissão e Corte interamericanas de direitos humanos a desenvolverem teorias justificadoras para conhecerem os casos de violações desses direitos por meio do procedimento da petição individual, previsto no Pacto de San José da Costa Rica.

petições individuais que alegam violações de direitos (PIOVESAN, 2012).

Em contrapartida, no Sistema Interamericano, o mecanismo de petições individuais está incorporado diretamente na CADH. Isso implica que, ao ratificar a Convenção, os Estados-partes automaticamente se submetem ao sistema de monitoramento por petições individuais desenvolvido pela CIDH e pela Corte IDH (PIOVESAN, 2012).

Esta diferença estrutural tem implicações importantes para a eficácia e o alcance dos sistemas de proteção. No Sistema Interamericano, a incorporação direta do mecanismo de petições na Convenção reforça a natureza vinculante e integral das obrigações assumidas pelos Estados. Elimina-se assim uma etapa adicional (a adesão a um Protocolo Facultativo), facilitando o acesso dos indivíduos a mecanismos internacionais de reparação e responsabilização.

A respeito do trâmite processual, após o juízo de admissibilidade, inicia-se uma fase de conciliação, na qual a CIDH se esforçará por solução amistosa. Esse aspecto é um traço marcante do Sistema Interamericano, viabilizando uma forma pacífica e colaborativa de resolução de controvérsias (MAZZUOLI, 2011). O objetivo dessa etapa é alcançar uma solução consensual capaz de satisfazer tanto o peticionário, quanto o Estado envolvido, evitando um processo contencioso mais desgastante e prolongado.

Após receber uma petição individual, a CIDH pode oferecer às partes a oportunidade de iniciar um procedimento de solução amistosa¹⁶⁴. A Comissão remete um documento ao Estado envolvido, o qual incluirá detalhes e conclusões e, se necessário, recomendações. O Estado denunciado tem um período de três meses para atender às recomendações propostas. Se falhar em cumpri-las, o caso será

164 O mecanismo de solução amistosa é geralmente visto como uma forma pragmática e eficiente de abordar violações de direitos humanos, permitindo rápida reparação para as vítimas e evitando o confronto jurídico internacional. No entanto, críticos apontam que ele pode ser inadequado para casos que envolvem violações sistemáticas ou graves, onde uma decisão judicial poderia ter um impacto mais significativo em termos de precedente e de responsabilização do Estado.

levado à Corte Interamericana, o órgão judicial desse sistema regional (MAZZUOLI, 2013).

Outra sistemática importante de monitoramento é a das comunicações interestatais no Sistema Interamericano. Esse procedimento permite que um Estado-parte da CADH denuncie outro Estado-parte por violações. Esse mecanismo é regulado de forma distinta, em comparação às petições individuais, pois é opcional (cláusula facultativa) e sua aplicação exige uma declaração expressa por parte dos Estados envolvidos, reconhecendo a competência da Comissão para receber e processar essas comunicações¹⁶⁵.

As comunicações interestatais¹⁶⁶, assim como nas petições individuais, para serem admitidas pela CIDH, exigem a constatação dos mesmos requisitos do esgotamento dos recursos internos e a ausência de litispendência internacional, para que a Comissão possa admitir a comunicação interestatal.

Outro procedimento importante do Sistema Interamericano é o das medidas cautelares, as quais representam uma importante ferramenta jurídica para garantir a proteção imediata de direitos em risco ou sob ameaça de irreparabilidade. Essas medidas são frequentemente usadas para salvaguardar a vida e integridade pessoal, bem como outros direitos fundamentais, enquanto o caso principal está sendo processado.

A CIDH tem o poder de solicitar a Estados medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis a pessoas em situação de risco. Este procedimento pode ser iniciado tanto por petições individuais, quanto de ofício (*ex officio*) pela própria Comissão, de acordo com o art. 25 do Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

As medidas cautelares podem estar vinculadas ou não a uma petição ou caso em análise pelas instituições do Sistema

165 O mecanismo das comunicações interestatais tem previsão no art. 45, da CADH.

166 As denúncias interestatais podem funcionar como um elemento dissuasório contra violações em massa ou sistemáticas dos direitos humanos por um Estado-parte. No entanto, também pode ser alvo de críticas devido ao seu uso político ou estratégico, que pode comprometer a eficácia e a imparcialidade do sistema (PIOVESAN, 2021).

Interamericano. O regulamento, em seu art. 25, dispõe ainda que a outorga e implementação dessas medidas pelo Estado não devem ser interpretadas como um julgamento antecipado de violação de direitos assegurados pela CADH ou outros dispositivos relevantes.

A Corte IDH é um órgão autônomo do Sistema Interamericano e sua função principal é a de aplicar e interpretar a CADH (PIOVESAN, 2019). A Corte é composta por sete juízes, que são eleitos pela Assembleia Geral da OEA para um mandato de seis anos, renovável uma vez (art. 52, da CADH).

A Corte possui as competências consultiva e contenciosa (jurisdicional). A função consultiva envolve a interpretação das cláusulas da CADH, bem como de outros tratados voltados à defesa dos direitos humanos nos Estados americanos. Esse procedimento consultivo ajuda a esclarecer dúvidas legais que podem surgir na aplicação desses tratados, contribuindo para a harmonização das legislações nacionais com os padrões internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2012).

Essa função consultiva é um instrumento de prevenção, pois visa esclarecer questões antes que se tornem contenciosas. Qualquer Estado-membro da OEA, seja ou não signatário da Convenção, tem o direito de buscar o parecer da Corte IDH sobre a interpretação da Convenção ou de qualquer outro acordo relativo à proteção dos direitos humanos no continente americano. Além disso, ela pode se pronunciar sobre a conformidade da legislação nacional com os tratados internacionais pertinentes.

Já a competência contenciosa se relaciona à resolução de controvérsias sobre a aplicação ou interpretação da Convenção em si. No contencioso, a jurisdição da Corte IDH se aplica somente aos Estados-partes da Convenção que tenham reconhecido expressamente essa competência (cláusula facultativa)¹⁶⁷. Vale destacar que apenas a Comissão Interamericana e os próprios Estados têm legitimidade

167 O Estado brasileiro formalizou o reconhecimento da jurisdição da Corte em 1998, por intermédio do Decreto Legislativo nº 89/1998.

para encaminhar um caso à Corte, sendo que o indivíduo só pode apresentar suas petições diretamente à CIDH¹⁶⁸.

A Corte IDH tem competência para analisar casos em que se alegue violação de um direito assegurado pela CADH. Ela pode estabelecer medidas para a restauração do direito infringido e, se necessário, condenar o Estado a indenizar a vítima. A decisão proferida é de natureza jurisdicional, constituindo-se assim em um título executivo judicial. Assim, tem caráter vinculante para os Estados-partes condenados e reconhecedores de sua jurisdição.

No contexto brasileiro, o reconhecimento da jurisdição da Corte IDH, em 1998, foi um marco importante para a proteção dos direitos humanos no país. Tal reconhecimento significou uma ampliação dos mecanismos de *accountability* e controle sobre ações estatais com potencial de violar direitos garantidos pela CADH.

O Brasil, ao se submeter à jurisdição da Corte, comprometeu-se a acatar suas decisões, incluindo a restauração de direitos violados e a reparação por meio de indenizações. De fato, o Estado brasileiro já foi objeto de diversas sentenças da Corte IDH, que abordaram temas como direitos indígenas, violência policial, condições carcerárias, entre outros.

A *accountability* internacional do Brasil em relação a infrações de direitos garantidos pela CADH já foi objeto de avaliação pela Corte IDH em um total de 12 casos contenciosos e, em todos, houve sentença condenatória contra o Estado brasileiro (CNJ, 2023).

Com todo o aparato técnico-processual mencionado, o mecanismo de controle de convencionalidade no contexto do sistema americano de tutela de direitos humanos fundamentais pode ser observado a partir de duas perspectivas. A primeira parte do exame dos precedentes da Corte IDH e o impacto de sua jurisprudência no âmbito jurídico interno dos Estados latino-americanos. A outra é o diálogo entre os tribunais latino-americanos e o grau de assimilação e

168 A única exceção para apresentação de petição individual diretamente à Corte Interamericana é quando se tratar de requerimentos de medidas cautelares.

implementação da jurisprudência, princípios e normas internacionais de direitos humanos no domínio interno (PIOVESAN, 2017).

Inicialmente, a Corte IDH sustentava a posição de que o mecanismo de controle de convencionalidade só era aplicável em situações em que uma norma específica era avaliada em um caso concreto. Desse modo, a Corte acreditava não possuir a autoridade para exercer esse controle de maneira abstrata, restringindo tal atividade ao seu papel consultivo¹⁶⁹. Posteriormente, modificou sua posição e começou a admitir a capacidade de exercer sua competência contenciosa e jurisdicional para determinar a inconformidade de uma norma que, em sua avaliação, violasse uma disposição não abordada da CADH.

Essa mudança ficou evidente no julgamento do caso *Suárez Rosero vs. Equador*¹⁷⁰ (CORTE IDH, 1997). Nele, a Corte IDH estabeleceu

169 Esse entendimento de não ser possível a realização do controle abstrato foi adotado no julgamento do caso *Lacayo vs. Nicaragua*. O caso tinha como objeto a responsabilidade internacional do Estado devido às falhas na apuração do falecimento do jovem Jean Paul Genie Lacayo, que tinha 16 anos quando foi morto em 28 de outubro de 1990. Ele foi vitimado por militares enquanto voltava para sua residência dirigindo seu carro e tentava passar por uma comitiva de veículos militares. O caso também examina a ausência de responsabilização dos envolvidos no incidente. Segue trecho da decisão sobre o entendimento em destaque: “91. *En relación con el incumplimiento por parte del Gobierno del artículo 2 de la Convención Americana por la aplicación de los decretos Núms. 991 y 600, esta Corte manifestó que la jurisdicción militar no viola per se la Convención y con respecto a la alegada aplicación de algunas de las disposiciones de dichos decretos que pudieren ser contrarias a la Convención, ya se determinó que en el presente caso no fueron aplicadas... En consecuencia, la Corte no emite pronunciamiento sobre la compatibilidad de estos artículos con la Convención ya que proceder en otra forma constituirá un análisis en abstracto y fuera de las funciones de esta Corte*” (CORTE IDH, 1995).

170 A decisão sobre o caso *Suárez Rosero vs. Equador* foi proferida em 12 de novembro de 1997. O referido caso teve como objeto a responsabilidade internacional do Estado em relação à detenção ilícita e sem fundamentação de Rafael Iván Suárez Rosero por autoridades policiais e também quanto à negligência no procedimento penal instaurado contra ele. Suárez Rosero foi preso em 23 de junho de 1992 por membros da Polícia Nacional do Equador, durante a operação *Ciclón*, destinada a dismantelar um cartel internacional de drogas. A captura foi efetuada sem ordem judicial e ausente de flagrante delito. Adicionalmente, ao acusado não foi disponibilizado um advogado durante o interrogatório e o acesso de familiares foi limitado. Transcreve-se aqui um trecho da decisão, enfatizando a mudança de orientação da Corte IDH para admitir a realização de um controle abstrato de convencionalidade no exercício de sua competência contenciosa: “97. *Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella*

a incompatibilidade de uma norma com o art. 2º da Convenção, mesmo que essa norma não tivesse sido aplicada em uma situação específica ou causado algum dano para a vítima do caso objeto do controle (MARINONI, 2013).

Esse controle abstrato de convencionalidade realizado pela Corte IDH, no exercício de sua jurisdição contenciosa, apresenta uma peculiaridade de ser incidental a um controle concreto. Isso é uma situação muito peculiar e decorre diretamente dos avanços interpretativos realizados por esse órgão do Sistema Interamericano. Esse aspecto será retomado no quarto capítulo deste trabalho, quando estiverem sendo tratadas as propostas para o aprimoramento do controle abstrato de convencionalidade exercido pela Corte.

Quanto à natureza dos pronunciamentos feitos pela Corte IDH no desenvolvimento de sua competência contenciosa, as decisões têm caráter cogente, vinculante e mandatório, ou seja, seus precedentes têm força vinculante, inclusive dos argumentos, conforme é enfatizado pelos próprios julgados. Esse entendimento é evidenciado no veredito do caso *Tibi vs. Equador*, proferido em 7 de setembro de 2005, bem como na decisão do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, datada de 26 de setembro de 2006 (MARINONI, 2013).

A partir do julgamento no caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*¹⁷¹, a Corte IDH consolidou sua posição a respeito do controle de convencionalidade. Também ficou estabelecido que os juízes e cortes nacionais têm o dever de aplicar a CADH de acordo com a

(...) Aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114 [del Código Penal Ecuatoriano] asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho. 98. La Corte considera que esta excepción despoja una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculcados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace anotar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso (lo ressaltado fuera del texto)” (CORTE IDH, 1997).

171 A decisão da Corte Interamericana sobre o caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México* foi proferida em 26 de novembro de 2010.

interpretação que a Corte lhe dá, conferindo a esse mecanismo um impacto positivo e construtivo (MAZZUOLI, 2013).

A Corte IDH, em seu Relatório Anual de 2012, asseverou que os órgãos judiciais nacionais dos países que ratificaram a CADH estão sujeitos à sua jurisdição e devem, de ofício (conforme destacado anteriormente), realizar o controle de convencionalidade entre as normas internas e os tratados de direitos humanos integrantes do Sistema Interamericano. Caso o controle não seja efetuado pelas instâncias judiciais internas dos Estados, a Corte tem competência para realizar o controle de forma complementar (VAZ, 2016).

Neste sentido, quando a Corte IDH conclui a análise de um caso específico e condena o Estado por violação aos preceitos da CADH, a decisão é vinculante e o Estado em questão tem o dever de ajustar e modificar sua legislação interna. A obrigatoriedade de cumprir a decisão da Corte decorre do disposto no art. 68, item 1, da CADH¹⁷². Além disso, a vinculação ao dever de pagar a indenização é resultado do preceito do art. 68, item 2, dessa norma internacional¹⁷³.

O controle de convencionalidade perante a Corte IDH admite a própria Constituição do Estado como seu objeto. No julgamento do caso conhecido como *A Última Tentação de Cristo* (julgado em 5 de fevereiro de 2001)¹⁷⁴, a Corte determinou ao Estado Chileno a obrigação de alterar¹⁷⁵ um dispositivo constitucional relacionado à censura televisiva, por entender que a norma era incompatível com a

172 O art. 68, item 1, da CADH estabelece: “Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

173 Já o art. 68, item 2, por sua vez, prevê: “A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”.

174 A modificação da Constituição foi feita pelo Chile após a decisão da Corte (SAGÜÉS, 2011).

175 A decisão da Corte IDH não implica na anulação direta da norma local, é do o Estado a responsabilidade para implementar a determinação da instância regional (HITTERS, 2009). Nessa situação, a Corte IDH adotou um entendimento mais formalista, no que tange ao alcance e à abrangência da decisão pronunciada no exercício da competência contenciosa. De acordo com esse entendimento, a Corte não pode invalidar com efeito *erga omnes* as normas internas de um Estado, em observância ao princípio do paralelismo das formas.

CADH (HITTERS, 2009). Esse tema referente ao objeto da competência contenciosa da Corte será abordado com mais densidade no quarto tópico deste capítulo.

Como a decisão jurisdicional da Corte IDH tem efeitos vinculantes, os magistrados nacionais ficam condicionados aos limites da interpretação dada por ela aos direitos previstos na CADH¹⁷⁶. Isso implica que eles não têm a liberdade completa para interpretar esses direitos à luz de seus próprios entendimentos ou das tradições jurídicas locais (SAGÜÉS, 2011).

Dessa forma, os juízos domésticos devem adequar a interpretação dos direitos constitucionais locais às orientações fornecidas pela Corte IDH (SAGÜÉS, 2011). Isso configura uma alteração profunda na dinâmica de interação entre o DIDH e os sistemas jurídicos nacionais, colocando em relevo a tensão¹⁷⁷ existente entre soberania nacional e normas internacionais.

Sob essa ótica, a Corte IDH examina se o esquema de garantias estabelecido pela CADH é intrínseco às responsabilidades naturais de um Estado no âmbito dos direitos humanos. Também pondera se os critérios racionalidade, pertinência, necessidade, oportunidade e proporcionalidade são adequados para avaliar a existência e eficácia dessas garantias e se estas estão em conformidade com os preceitos da própria Convenção. Essa avaliação reflete o compromisso da Corte em assegurar que as medidas tomadas pelos Estados estejam alinhadas com os princípios e obrigações quanto aos direitos humanos (HITTERS, 2009).

176 O argumento de que a Corte IDH atua como um tribunal supranacional de cassação (SAGÜÉS, 2011) não implica afirmar que ela age como uma “quarta instância” que anula as legislações nacionais. Sua função não é a de alterar diretamente o Direito interno, em vez disso, sua principal tarefa é avaliar se as leis locais estão em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos (HITTERS, 2009).

177 Conforme o disposto no primeiro item deste capítulo, essa tensão é aparente e retórica, pois quando um Estado opta por ratificar um tratado internacional, esse ato é uma manifestação de sua soberania. Logo, seria paradoxal e incongruente que o mesmo Estado invocasse sua soberania para justificar o descumprimento das obrigações assumidas perante a comunidade internacional, especialmente para desprezar direitos humanos.

Com base nesses apontamentos, torna-se evidente a importância central da Corte IDH na formulação de um critério hermenêutico dos direitos humanos essenciais em todo o continente americano. Suas não apenas obrigam os Estados envolvidos nos casos específicos, mas também se estendem aos juízes dos Estados signatários da CADH e seu Protocolo Adicional¹⁷⁸, influenciando e vinculando suas decisões rotineiras em contendas judiciais.

Com relação ao controle de constitucionalidade exercido no Direito interno brasileiro, faz-se necessário apresentar, do ponto de vista histórico e evolutivo da proteção de direitos humanos no Sistema Interamericano, os precedentes da própria Corte IDH determinantes para impor e expandir o monitoramento de proteção de direitos humanos no plano interno.

O conceito de controle de convencionalidade foi explicitamente estabelecido no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, conforme destacado dentro do primeiro tópico do presente capítulo. A decisão da Corte IDH, proferida em 26 de setembro de 2006, fez referência a “um tipo de controle de convencionalidade” (CORTE IDH, 2006a).

De acordo com precedentes da Corte IDH, os principais contornos técnicos do controle interno de convencionalidade estão sendo estabelecidos¹⁷⁹. O instituto em questão é sucintamente descrito como um mecanismo de revisão ou supervisão da conformidade das normas nacionais com a CADH e com a interpretação adotada pela Corte (CORTE IDH, 2006b).

O controle de convencionalidade possui uma função repressiva, isto é, a não aplicação de normas nacionais que se mostrem

178 Quanto à realidade brasileira, ainda há muitos obstáculos e resistências devido à posição dominante no STF de considerar os tratados sobre direitos humanos como *status* suprallegal e não constitucional (MAZZUOLI, 2013). Essa posição do STF dificulta o reconhecimento da vinculação aos efeitos da decisão da Corte IDH, quanto à norma incompatível e que enseja alteração tem natureza constitucional. Esse ponto será mais debatido no próximo tópico, deste capítulo.

179 Como o papel da Corte IDH é construtivo na proteção de direitos humanos no continente americano, as características dos mecanismos do controle de convencionalidade estão em constante aprimoramento, o que este trabalho vem denominando de “mutação convencional”.

contrárias tanto à CADH, quanto à jurisprudência da Corte IDH. Nesse procedimento, a ser realizado no sistema interno, os órgãos judiciais nacionais estão obrigados a realizar um “controle de convencionalidade” das normas domésticas, em relação à CADH (CORTE IDH, 2006a).

Ante o exposto, os magistrados e tribunais nacionais têm o dever de examinar a compatibilidade das normas internas com a CADH. Este dever se estende não apenas ao texto da Convenção, mas também à interpretação fornecida pela própria Corte IDH, que é a última intérprete do Pacto de San José da Costa Rica (MAZZUOLI, 2013).

Esse controle de convencionalidade deve ser iniciado de maneira *ex officio*, independentemente de solicitação das partes envolvidas (CORTE IDH, 2006b). No controle de convencionalidade difuso, desse modo, os magistrados e tribunais locais devem levar em consideração a interpretação da Corte sobre o tratado, como sua última intérprete, o que significa que o Poder Judiciário doméstico não é restrito pelo pedido expresso das partes em um caso específico (MAZZUOLI, 2013).

Caso o órgão jurisdicional opte por não executar o controle de convencionalidade difuso, justificando tal ação pela ausência de um pedido formal das partes ou alegando que o controle não pode ser efetuado *ex officio*, isso pode levar ao acionamento da responsabilidade internacional do Estado por violações aos direitos humanos (MAZZUOLI, 2013).

O controle difuso de convencionalidade não é um mecanismo explicitamente previsto na CADH, mas uma construção jurisprudencial da Corte IDH, como pôde ser observado nos precedentes destacados neste trabalho (MAC-GREGOR, 2010). Dessa forma, é evidente que a Corte desempenhou um papel crucial na formulação da doutrina do controle difuso de convencionalidade (ZAS, 2014).

O controle difuso de convencionalidade representa, efetivamente, uma espécie de manifestação contemporânea da crescente constitucionalização do DIDH (MAC-GREGOR, 2010). Além disso, destaca-se a adoção da jurisprudência da Corte como

um elemento hermenêutico e de controle normativo pelos tribunais internos (ZAS, 2014).

Portanto, um intercâmbio significativo se estabelece entre a Corte IDH e as jurisdições nacionais, um fenômeno que promove um diálogo jurisprudencial enriquecedor, que contribui para a formulação e refinamento de padrões de proteção aos direitos humanos em toda a América Latina (MAC-GREGOR, 2010).

O exercício do controle de convencionalidade pelos juízes, dentro do escopo de suas competências e normas processuais, não deve ser visto como uma usurpação ou substituição das normas nacionais pelas convencionais. Em vez disso, esse controle deve ser entendido como um mecanismo para intensificar e calibrar a proteção aos direitos humanos, buscando, acima de tudo, alinhar e harmonizar as normas internas com os princípios e normas convencionais (MAC-GREGOR, 2010).

Nos sistemas jurídicos que adotam o controle difuso de constitucionalidade, o âmbito do controle de convencionalidade é mais amplo. Isso ocorre porque os magistrados nacionais têm a autoridade para não aplicar normas em desacordo com os tratados internacionais. Em contraste, nos sistemas onde o controle difuso de constitucionalidade não é praticado, os juízes não têm o poder de não aplicar uma lei em um caso específico. Nesse cenário, o exercício do controle de convencionalidade se faz de maneira mais restrita (MAC-GREGOR, 2010).

Os juízes devem buscar uma interpretação da legislação nacional que esteja em conformidade não apenas com a Constituição, mas também com a CADH e sua jurisprudência. Este esforço interpretativo requer um ato criativo para alinhar a legislação nacional aos padrões internacionais e, assim, garantir eficácia ao direito ou à liberdade em questão (MAC-GREGOR, 2010).

O controle de convencionalidade difuso se constitui em um controle normativo incidental, vinculado a um conflito jurídico concreto levado ao Poder Judiciário, com uma finalidade determinada. Logo, suscitada a inconventionalidade de uma norma jurídica

infraconstitucional no trâmite do processo, a questão prejudicial deve ser decidida anteriormente ao mérito da causa. Na modalidade difusa de controle, a declaração incidental de inconvenção de uma norma jurídica leva apenas à sua não aplicação em um caso concreto determinado.

O controle difuso de convencionalidade, em termos técnico-operacionais, ocorre de forma incidental, sendo ativado dentro de um caso concreto submetido ao Poder Judiciário. Se surgir uma questão sobre a inconvenção de uma norma infraconstitucional durante o processo, esta deve ser resolvida antes de se chegar ao mérito do caso em si. No âmbito desse tipo de controle, a constatação de inconvenção de uma norma resulta unicamente na sua não aplicação ao caso específico em apreço (VAZ, 2016).

Consta-se, em nosso entender, que os efeitos do controle incidental de convencionalidade são produzidos *in partes*, ou seja, a decisão de inconvenção gerará efeitos endógenos para não permitir a aplicação da norma interna ao caso do processo em cotejo.

A intensidade e aplicação do controle de convencionalidade difuso pode variar, ajustando-se às competências e diretrizes processuais específicas de cada sistema jurídico. Inicialmente, todos os magistrados e tribunais têm a responsabilidade de interpretar a legislação nacional à luz da CADH, seus Protocolos adicionais e a jurisprudência da Corte IDH, seguindo sempre o princípio *pro homine* como guia interpretativo (MAC-GREGOR, 2010).

Nessa primeira perspectiva de intensidade, a opção é pela interpretação que esteja em conformidade com os padrões convencionais, descartando-se aquelas leituras que se mostrem inconventionais ou menos eficazes na proteção e garantia dos direitos e liberdades em questão. Essa abordagem se alinha com a interpretação conforme a Constituição realizada pelos juizes nacionais, em particular pelos juizes constitucionais (MAC-GREGOR, 2010).

No segundo nível de intensidade, que só é acionado quando não é possível reconciliar a norma nacional com os padrões convencionais, o controle de convencionalidade deve ser exercido com maior rigor.

Isso pode envolver a não aplicação da norma ao caso específico ou mesmo a declaração de sua nulidade com efeitos gerais, em virtude de sua inconvenção, tudo de acordo com as competências atribuídas a cada magistrado nacional (MAC-GREGOR, 2010).

O controle de convencionalidade difuso é um dever de incumbência de todos os magistrados e órgãos jurisdicionais¹⁸⁰ que integram o Poder Judiciário de um Estado, englobando, no contexto brasileiro, até mesmo o STF. No procedimento de avaliação da compatibilidade material entre a norma doméstica e os tratados internacionais, se o órgão de justiça concluir pela inconvenção da norma em cotejo, essa não será aplicada ao caso específico que está sendo julgado (VAZ, 2016).

Marinoni (2013) defende a tese da natureza supralegal dos tratados de direitos humanos. De acordo com autor, ainda que as normas provenientes de tratados internacionais não tenham, de imediato, caráter constitucional, elas podem atingir esse status caso sejam aprovadas nos termos do § 3º, do art. 5º, da CRFB/1988. Sendo assim, embora não sejam consideradas como normas de Direito Federal, o que inviabilizaria a interposição de recurso especial, conforme o art. 105, da CRFB/1988, elas ainda podem ser objeto de controle difuso de convencionalidade pelo STF, via interposição de Recurso Extraordinário.

Mazzuoli (2013) introduz a noção de que o STF pode exercer o controle difuso de convencionalidade com base em qualquer tratado de direitos humanos vigente no Brasil, independentemente do quórum de aprovação que tiveram no Congresso Nacional. A chave está na interpretação conjunta dos artigos 102, III, a, e 5º, § 2º, da CRFB/1988. Segundo essa leitura, um Recurso Extraordinário pode ser proposto no

180 Os tribunais nacionais não necessitam de autorização de um organismo internacional para efetuar o controle de convencionalidade, de forma incidental, das normas domésticas. Todos estão incumbidos do dever de examinar a convencionalidade das normas jurídicas internas de forma incidental. À medida que os tratados internacionais são internalizados no ordenamento jurídico nacional, torna-se um dever dos tribunais domésticos verificar se há compatibilidade entre esses tratados e a legislação interna (VAZ, 2016).

STF sempre que um direito previsto em tratado de direitos humanos for contrariado por uma decisão de outra instância judicial.

Essa abordagem amplia o escopo do controle difuso de convencionalidade, tornando-o mais acessível e, potencialmente, mais eficaz na proteção dos direitos humanos. Contudo, Mazzuoli (2013) diferencia essa possibilidade em relação aos instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, como a ADI, a ADC e a ADPF, os quais só são aplicáveis a tratados que foram internalizados pelo Brasil com o quórum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da CRFB/1988.

Para Mazzuoli (2013), controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade são indistintos, quando o parâmetro for tratado internacional aprovado com natureza de Emenda Constitucional. Quanto a esse ponto, o presente trabalho apresentará uma proposta com argumentos plausíveis para defender a utilização da ADPF como instrumento de convencionalidade, na esfera abstrata, tendo como parâmetros os tratados internacionais de direitos humanos com natureza de norma supralegal. Diante disso, serão feitas maiores considerações sobre controle de convencionalidade abstrato interno no próximo tópico.

O contraponto entre as visões de Marinoni (2013) e Mazzuoli (2013) realça uma tensão interpretativa sobre o papel dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto Marinoni vê uma gradação na eficácia desses tratados com base em sua aprovação legislativa, Mazzuoli argumenta pela sua aplicabilidade mais ampla no contexto do Recurso Extraordinário, independentemente do procedimento de aprovação.

Existe uma função harmonizadora e construtiva do controle de convencionalidade, ao introduzir uma função construtiva e harmonizadora (CORTE IDH, 2009). Isso impõe a necessidade de interpretar e aplicar o Direito interno em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelas Convenções internacionais e pela jurisprudência da Corte IDH (SAGÜÉS, 2011).

Os tratados internacionais de direitos humanos e a jurisprudência dos órgãos internacionais de proteção de direitos humanos formam

o chamado “bloco de convencionalidade”, constituindo-se como uma espécie de parâmetro ético e normativo, que deve guiar a atuação dos juízes e tribunais nacionais, no exercício da jurisdição interna, no sentido de exercer e efetivar o controle de convencionalidade (VAZ, 2016).

A Corte IDH atua como um pilar fundamental orientador e legitimador do bloco de convencionalidade, pois suas decisões têm caráter vinculante para os Estados signatários da CADH. Por isso, a jurisprudência da Corte é uma parte intrínseca desse arcabouço normativo de direitos humanos, funcionando como uma norma interpretativa que deve ser levada em consideração pelos magistrados e tribunais nacionais.

Isso implica que, na prática jurídica, qualquer incompatibilidade entre a normativa interna e os tratados internacionais de direitos humanos deve ser resolvida em favor da norma mais favorável aos indivíduos ou vítimas de violações de direitos humanos. Tal postura se coaduna com o princípio *pro homine*, o qual estabelece a aplicação da norma mais favorável à pessoa humana, quando houver conflito entre diferentes normas e/ou interpretações (TRINDADE, 2002).

A obrigação de realizar o controle de convencionalidade é um imperativo ético e jurídico para os magistrados e tribunais nacionais. Negligenciar essa responsabilidade pode resultar não apenas em injustiças a nível individual, mas em responsabilização internacional do Estado, pois tal atitude configuraria uma violação aos compromissos assumidos em matéria de direitos humanos (VAZ, 2016).

Em face do exposto, o bloco de convencionalidade atua como um importante mecanismo de harmonização entre o Direito interno e o DIDH, orientando a atividade judicial no sentido de promover uma proteção mais efetiva dos direitos humanos e fundamentais (VAZ, 2016).

3.3. PRECEDENTES DE PROTEÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PELO MECANISMO DA PETIÇÃO INDIVIDUAL NO SISTEMA INTERAMERICANO

Os direitos individuais, um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro, estão elencados, em sua maioria, no art. 5º da CRFB/1988 e desempenham papel fundamental de proteção das liberdades individuais dos cidadãos, com um conjunto de garantias visando assegurar a preeminência da liberdade individual (FERNANDES, 2017).

Os direitos individuais correspondem, de forma latente, a direitos de prestações negativas, ou seja, estabelecem a liberdade de ação de seus titulares, permitindo-lhes adotar determinados comportamentos, sem interferências indevidas por parte do Estado ou de terceiros. Nesse contexto, o termo “liberdade” emerge como uma palavra-chave, representando o valor central desses direitos.

A proteção do bem jurídico da individualidade é o cerne dos direitos individuais. Eles têm como propósito resguardar a esfera de autonomia e autodeterminação do indivíduo, impedindo intervenções arbitrárias ou injustificadas em sua vida, privacidade e liberdades fundamentais.

É interessante observar que o preâmbulo da CRFB/1998, no seu art. 1º, inciso V, enfatiza a ideia de uma “sociedade pluralista”, na qual a diversidade de valores, crenças e escolhas individuais é respeitada e valorizada. Isso ressoa diretamente na garantia da proteção dos direitos individuais, buscando garantir que cada cidadão possa exercer suas liberdades, de acordo com suas convicções e escolhas pessoais.

Os direitos individuais também são classificados como direitos de primeira geração ou dimensão. Essa classificação remete à concepção tradicional de direitos fundamentais, centrados na proteção das liberdades civis e políticas. Nesse contexto, destacam-se direitos como a liberdade de expressão, de pensamento, de religião, de locomoção, entre outros, formadores da base de uma sociedade democrática e plural.

É inegável a importância dos direitos individuais como garantias fundamentais para a construção de sociedades democráticas e justas. As reflexões de Bobbio (2004) e Mendes (2011) corroboram a relevância e a necessidade de proteção desses direitos no contexto jurídico e político contemporâneo. Com base nisso, com o objetivo de assegurar o bem jurídico da individualidade, é preciso construir todo um sistema garantista do exercício dos direitos civis e políticos.

Os direitos sociais, por sua vez, representam uma faceta crucial do sistema jurídico, pois são preceitos que demandam a realização de medidas concretas em benefício do titular, caracterizando-se como direitos de prestações positivas. A palavra-chave que permeia esses direitos é a “igualdade”, pois eles têm como objetivo primordial promover a igualdade social, mitigando desigualdades econômicas e garantindo uma vida digna para todos os cidadãos, independentemente de suas diferenças.

No contexto dos direitos sociais, o Estado desempenha um papel central como o principal devedor, responsável por prover os recursos e políticas necessárias para garantir a sua efetivação. No entanto, é importante ressaltar que o Estado não é o único devedor, uma vez que outros atores, como os empregadores, também podem ser instados a cumprir determinadas obrigações relacionadas a esses direitos, como no caso das relações trabalhistas.

O bem jurídico tutelado pelos direitos sociais é o “mínimo existencial”, que representa as condições mínimas necessárias para garantir a todos os indivíduos uma vida com dignidade. Isso engloba não apenas a satisfação de necessidades básicas, como alimentação, moradia e saúde, mas também a promoção de igualdade de oportunidades, educação de qualidade e participação na vida cultural e política da sociedade.

Os direitos sociais são comumente associados à segunda dimensão de direitos (a qual engloba, além dos sociais, os direitos econômicos e culturais). Essa categoria de direitos emergiu no contexto dos Estados de bem-estar social, onde este assume a responsabilidade de garantir o bem-estar e a segurança social de seus cidadãos. Essa

abordagem está alinhada com os ideais de justiça social e equidade (RAWLS, 1997).

O caráter jurídico e a acionabilidade dos direitos sociais são temas cruciais no âmbito do Direito Constitucional e do DIDH. Os direitos humanos, na perspectiva contemporânea do período pós-guerra, têm seus princípios fundantes nos documentos formadores da Carta Internacional de Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e dois tratados internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

A DUDH, em sua essência, estabelece duas categorias de direitos: os direitos civis e políticos, relacionados à liberdade individual e à participação política, e os direitos econômicos, sociais e culturais, ligados à igualdade e à garantia de um padrão mínimo de vida digna. Essa combinação reflete a conjugação de valores, unindo liberdade e igualdade como pilares da cidadania.

A DUDH influenciou e impactou as constituições estatais para a consagração do regime da democracia social. A CRFB/1998, por exemplo, seguiu a equação democrática estabelecida pela DUDH de conjugar os valores de liberdade (art. 5º) aos direitos de igualdade (art. 6º). Na perspectiva do Direito Constitucional, esse é o único caminho, no nosso entender, de erigir e manter o Estado Democrático de Direito com o direcionamento para promover justiça social, sem desrespeitar as individualidades de cada pessoa.

A CRFB/1988 ainda determinou que são fundamentos da República Federativa do Brasil a livre iniciativa e o valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV). A mensagem do Legislador Constituinte é para a construção de um modelo de Estado vocacionado para o crescimento econômico, porém as regras econômicas não podem inviabilizar que o direito ao trabalho não entregue fruções sociais ao trabalhador, como o maior instrumento de justiça social previsto no texto da CRFB/1988.

A concepção contemporânea de direitos humanos adota a perspectiva de que todos os direitos humanos são interdependentes e

indivisíveis, constituindo um complexo integral e único. Isso significa a impossibilidade de se dissociar os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais, pois todos eles contribuem para a realização plena da dignidade humana.

No que diz respeito à acionabilidade dos direitos humanos, o PIDCP estabelece que os direitos nele contidos possuem aplicabilidade imediata, podendo ser assegurados prontamente pelo Estado signatário dessa norma internacional. Já o PIDESC, em sua linguagem, menciona a aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, condicionando-os à atuação do Estado e à alocação de recursos disponíveis.

Contudo, é importante ressaltar que a ideia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não-científica. O dever do Estado em implementar progressivamente os direitos sociais não deve ser utilizado como argumento para justificar a inércia do Estado na promoção e proteção desses direitos. Pelo contrário, o Estado deve empreender esforços progressivos para alcançar a plena realização dos direitos sociais, de acordo com suas capacidades e recursos. Esse é um dos alicerces fundantes do princípio do não retrocesso.

O caráter jurídico e a acionabilidade dos direitos sociais são questões complexas, as quais suscitam debates sobre a relação entre o direito à liberdade e o direito à igualdade. No entanto, os direitos individuais e os direitos sociais não são duas plêiades absolutamente dicotômicas e, apesar de conterem aspectos e características distintos, não existe uma separação absoluta entre eles, mas uma interdependência crucial no contexto dos direitos humanos.

Os direitos humanos, em sua totalidade, são essencialmente complementares e estão em constante dinâmica de interação. Não se pode considerar o direito à liberdade de forma isolada, ignorando a importância da justiça social e vice-versa. Com a interdependência dessas duas categorias de direitos, não é produtivo pensar na liberdade divorciada da justiça social, assim como é ineficaz conceber a justiça social separada da liberdade (PIOVESAN, 2009).

Essa abordagem está alinhada com a Declaração de Viena de 1993. O art. 5º do tratado internacional em apreço reforçou a interligação entre os direitos humanos, enfatizando que todos os direitos, sejam eles civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais, são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. De acordo com essa perspectiva, a realização plena de um direito humano está intrinsecamente ligada à realização dos demais (PIOVESAN, 2011).

Ao discutir o caráter jurídico e a acionabilidade dos direitos humanos, é fundamental adotar uma perspectiva holística para refutar o discurso promovedor da pretensa dicotomia da acionabilidade dos direitos individuais e a insindicabilidade dos direitos sociais. É preciso reconhecer a complementaridade entre os direitos de liberdade e os de igualdade (PIOVESAN, 2012). Somente dessa forma podemos garantir uma abordagem abrangente e eficaz na promoção e proteção dos direitos humanos em todas as suas dimensões.

Com relação à questão da realização das políticas públicas por comandos jurisdicionais, é crucial verificar o cerne do problema. No tocante aos direitos humanos e fundamentais, o ponto chave a ser enfrentado não reside tanto na justificação desses direitos, mas na necessidade de protegê-los de maneira eficaz (BOBBIO, 1982)¹⁸¹.

Como a sociedade brasileira está vivenciando um momento de desconstrução dos direitos trabalhistas pelo efeito *backlash* e pelos precedentes do STF, de 2007 a 2020, o desafio é demonstrar que, para tornar os direitos sociais efetivos, principalmente os trabalhistas, os mecanismos de controle de convencionalidade devem ser utilizados com os aprimoramentos técnico-processuais sugeridos no tópico seguinte, prioritariamente no sistema interno e subsidiariamente no Sistema Interamericano. Essa utilização requer a superação de resistências culturais e estruturais dos órgãos jurisdicionais.

A CRFB/1988 representa um marco importante na história do Brasil, ao abordar tanto a causa dos direitos individuais, quanto

181 Norberto Bobbio (1982) expressou com os seguintes termos: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto justificá-los, mas o de protegê-los”.

dos direitos sociais (PIOVESAN, 2012). Ela estabelece, como destacado acima, uma equação promovedora da dignidade humana, reconhecendo e celebrando a diversidade presente na sociedade brasileira, ao albergar os princípios de igualdade e não discriminação.

Essa abordagem da CRFB/1988 reflete a busca por um equilíbrio democrático, com o objetivo de assegurar a todas as pessoas um mínimo de condições para uma vida digna (PIOVESAN, 2012). Além disso, reconhece e celebra a diversidade presente na sociedade brasileira, abraçando princípios de igualdade e não discriminação.

Por outro lado, esse arranjo constitucional de respeito às diferenças não deve se traduzir em desigualdades injustas. Em vez disso, a CRFB/1998 estabelece normas de direitos sociais (art. 6º) para garantir condições de vida digna (mínimo existencial) a todos os cidadãos, independentemente de suas diferenças individuais.

Essa abordagem é consistente com a noção de que os direitos sociais desempenham um papel fundamental na promoção da igualdade e na garantia de uma base mínima de bem-estar para todos (SARLET, 2012). Os direitos sociais, como o acesso à saúde, educação, moradia e trabalho digno, são componentes essenciais para a realização da dignidade humana.

Assim, a CRFB/1988, na mesma esteira da DUDH (como já destacado), reconhece a importância de garantir tanto os direitos individuais, os quais tutelam a liberdade e a autonomia do indivíduo, quanto os direitos sociais, mitigadores das desigualdades e promovedores da justiça social. Essa abordagem equilibrada reflete o compromisso do Estado brasileiro em promover o respeito à diversidade e, ao mesmo tempo, garantir a dignidade e o bem-estar de todos os seus cidadãos (PIOVESAN, 2012). É a responsabilidade de sedimentar as bases do Estado Democrático de Direito.

O debate acerca do caráter preceptivo dos direitos sociais está intrinsecamente ligado a perspectivas políticas e econômicas que moldam as sociedades. O liberalismo e o neoliberalismo tendem a enxergar o mercado como uma entidade regida por leis naturais, desvinculando-o de valores éticos. No entanto, o mercado é uma

criação humana e, como tal, pode ser moldado e regulado por diferentes princípios éticos.

Enquanto os direitos sociais realmente demandam prestações positivas, por parte do Estado, para a realização de políticas públicas e oferecer serviços indispensáveis à sociedade, os direitos civis e políticos tem como principal dimensão a eficácia negativa, ou seja, ensejam abstenções por parte do Estado, como garantia de que não haverá interferência nas liberdades e escolhas individuais. Todavia, a premissa de que os direitos civis e políticos não têm custo e somente os direitos sociais demandam desembolsos de despesas públicas não merece guarida científica.

Desse modo, é importante reconhecer que os direitos individuais também possuem uma dimensão positiva¹⁸² e, com isso, para serem cumpridos e protegidos, prestações positivas são necessárias para assegurar o seu exercício e a fruição do seu bem jurídico. Na prática, alguns direitos civis e políticos requerem medidas concretas por parte do Estado, a exemplo da manutenção da Justiça Eleitoral, demandando um alto custo para viabilizar e garantir o exercício dos direitos políticos. Essas prestações positivas são essenciais para assegurar a efetivação dos direitos individuais.

No Brasil, o legislador constituinte colocou como valor fundante do modelo econômico escolhido para a sociedade brasileira, ao lado do princípio da livre iniciativa, o parâmetro ético dos valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso IV, da CRFB/1988). Desse modo, o crescimento econômico da iniciativa privada tem como limites ético-jurídicos o respeito à dignidade humana e aos direitos trabalhistas.

Então, a ideia de que o mercado pode ser aprimorado com conteúdo ético está associada à afirmação da dignidade humana como

182 Todo e qualquer direito, independentemente de sua natureza, tem as dimensões negativa e positiva. A depender da natureza do direito, uma dimensão é mais latente do que a outra. No caso da educação, por exemplo, é direito social, demandando, para o seu cumprimento, a realização de diversas ações concretas por parte do Poder Público. Contudo, não deixa de ter sua dimensão negativa, quando, a título de ilustração, o Estado não pode interferir nos processos educacionais complementares escolhidos pela família da criança e do adolescente, desde que o educando esteja tendo acesso às medidas curriculares básicas estabelecidas pela União.

um valor fundamental da República Federativa do Brasil. De fato, as atividades econômicas devem ser conduzidas de maneira a respeitar e promover a dignidade de todos os indivíduos, evitando práticas prejudiciais, como escravidão, exploração e discriminação.

A liberdade de mercado (art. 1º, IV, da CRFB/1988) não pode desconsiderar a interdependência entre a tutela da individualidade e a promoção do mínimo existencial. A CRFB/1988, da forma como foi edificada, busca garantir a individualidade e reconhece a necessidade de implementação de políticas públicas para assegurar o mínimo existencial de todos os indivíduos.

Nessa toada, é oportuno trazer a ideia de justiciabilidade de Platon Teixeira de Azevedo Neto (2017). Os direitos fundamentais, como direitos subjetivos, apresentam-se como uma forma de capacitação legal. Essa capacitação pode ser exercida tanto contra entidades públicas, quanto privadas, o que se alinha bem com a noção de direitos sociais como fundamentais (BASTIDA, 2009).

Os direitos sociais asseguram, portanto, uma liberdade no plano fático, já que uma liberdade jurídica sem aplicabilidade prática é inócua. O foco típico dos direitos sociais fundamentais reside no mínimo existencial material, servindo como o estabelecimento ou fixação de um padrão mínimo de proteção em áreas sensíveis, como educação ou serviços de saúde (QUEIROZ, 2006).

Resumidamente, um direito fundamental atua primeiramente como um direito subjetivo, ou seja, uma habilitação jurídica (essência do Direito) conferida pela Constituição a um indivíduo para proteger, garantir ou realizar certas expectativas (finalidade do Direito). Essa habilitação legal envolve a capacidade de, respaldado pela força normativa da Constituição, exigir de uma terceira parte, seja ela o Estado ou um sujeito privado, a execução de uma obrigação de atuar em determinadas circunstâncias ou de se abster em outras (AZEVEDO NETO, 2017).

No aspecto formal ou tradicional, os direitos sociais podem ser categorizados como direitos humanos ou fundamentais, dependendo do instrumento jurídico em que são consagrados e da jurisdição onde

são reivindicados. São considerados humanos quando assegurados em tratados internacionais e levados a cortes internacionais e fundamentais quando garantidos em constituições nacionais e pleiteados em tribunais domésticos. Em alguns casos, podem até mesmo ser qualificados como direitos humanos fundamentais. Independentemente de como sejam classificados, mantêm sua natureza intrínseca como a expressão mais autêntica de justiça (AZEVEDO NETO, 2017).

Compreender um direito como justiciável significa reconhecê-lo como um direito passível de ser julgado e, portanto, sujeito à jurisdição de um tribunal ou órgão judicial (AZEVEDO NETO, 2017). No presente estudo, à luz da perspectiva do DIDH e do Estado Constitucional Cooperativo (HARBELE, 2001; MALISKA, 2021), entende-se que o sistema judicial apto a efetivar direitos, inclusive sociais, é constituído por órgãos jurisdicionais do sistema interno brasileiro e do Sistema Interamericano.

Há questionamentos de que a justiciabilidade dos direitos sociais busca transformação da política por meio do Direito (ATRIA, 2004). Entretanto, como os direitos sociais são considerados garantias fundamentais para a sociedade e estão expressos em normas constitucionais e internacionais, são verdadeiros preceitos normativos e estão aptos a serem defendidos nos tribunais (AZEVEDO NETO, 2017). Em face disso, não se trata de o Direito, via decisões judiciais, substituir a Política, porém se almeja a evolução desta por meio do Direito aplicado.

Retomando o ponto da suposta dicotomia entre direitos sociais e direitos individuais, existe o argumento em defesa de uma divisão formal e de conteúdo entre o PIDCP e o PIDESC. Diante dessa visão, os direitos civis e políticos são judicialmente aplicáveis, por estarem no rol do PIDCP, enquanto os sociais não são, por estarem presentes no PIDESC (KOCH, 2003). Contudo, existe uma interconexão inegável entre essas duas categorias de direitos, não se podendo aceitar como se fossem de naturezas absolutamente distintas (SCOTT apud AZEVEDO NETO, 2017).

Essa argumentação, com o intuito de questionar a natureza jurídica e a judicialização dos direitos sociais, chega ao extremo de afirmar que esses preceitos não são autênticos direitos, por exigirem a implementação de demandas, enquanto os direitos individuais não importam em custos para o Poder Público (KING, 2012). Nessa mesma perspectiva, há também críticas quanto à sua inclusão como direitos humanos e existe ainda a defesa de sua inserção como uma categoria inferior de direitos.

Ao se voltar para essa temática de alegação de inexistência de custos para a realização de direitos civis e políticos, por exigirem do Estado apenas prestações negativas (ALVES, 2003; COURTIS, 2010), verifica-se incongruência nas premissas dessa linha de pensamento. Ora, o cumprimento de direitos como o processo justo, o acesso aos tribunais, o direito ao matrimônio, a liberdade de associação e o direito ao voto requer a implementação de estruturas institucionais pelo Estado (ABRAMOVICH e COURTIS, 2011).

Do mesmo modo, a efetivação de direitos individuais requer inclusive a manutenção de sistemas judiciários, normas para validação de casamentos e associações, bem como a organização de eleições e partidos políticos. Até mesmo direitos que parecem exigir “não-interferência” do Estado – como a proibição de detenções ilegais e censura prévia –, na verdade necessitam de uma extensa ação estatal para garantir o exercício dessas liberdades sem violações por terceiros (ABRAMOVICH e COURTIS, 2011).

Em outros termos, isso implica que o Estado deve desempenhar papéis e realizar atividades materiais na manutenção da ordem pública, segurança e justiça, para assegurar o exercício de direitos civis e políticos, implicando em realização de investimentos públicos para criar e manter essas estruturais institucionais materiais¹⁸³.

183 Conforme destacado neste trabalho, os direitos sociais também têm uma dimensão negativa (COURTIS, 2010). Por exemplo, no contexto do direito à saúde, o Estado é compelido a não causar prejuízos à saúde dos cidadãos. Da mesma forma, em relação ao direito à educação (exemplificado acima neste presente tópico), o Estado não deve impedir o acesso de certos indivíduos aos estudos (ABRAMOVICH e COURTIS, 2011).

Além disso, enfrenta-se agora a visão que rebaixa tais direitos a meras normas programáticas, ou seja, direitos que não são imediatamente exigíveis. Dessa maneira, eles seriam apenas compromissos futuros, sujeitos à vontade discricionária do Estado. Tal vertente parte da noção de que as constituições e os tratados internacionais de direitos humanos incorporam tais normas como princípios tendo como objetivos do Estado, com um foco primordialmente social (CANOTILHO, 2010).

Uma parte da resistência à justiciabilidade de direitos sociais decorre da forma como as normas constitucionais e internacionais são interpretadas. Tomando a CADH como exemplo, o art. 26, o qual trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, tendo a epígrafe “desenvolvimento progressivo”, impõe o dever de os Estados adotarem medidas para alcançar gradualmente a plena efetivação desses direitos, conforme os recursos disponíveis¹⁸⁴.

Importante ressaltar que o objetivo é atingir a “plena efetividade” dos direitos de forma progressiva, implicando logicamente o dever de não se permanecer em um ponto estacionário. A CADH não determina a efetivação progressiva dos direitos humanos, mas sim que a sua plena realização será alcançada gradualmente. Em outras palavras, os direitos devem ser continuamente assegurados até o alcance de sua plenitude por todos (AZEVEDO NETO, 2017).

Um erro de interpretação comum é considerar que, à medida dos recursos disponíveis, nada pode ser feito até a obtenção de todos os recursos necessários. Na realidade, todos os recursos disponíveis devem ser empregados até o esgotamento de todas as possibilidades de garantir a plenitude dos direitos sociais. Apenas quando todos estiverem esgotados, pode a obrigação de efetivação dos direitos sociais cessar. Até o esgotamento dos recursos financeiros públicos, os

184 O PIDESC também enfatiza a progressividade na implementação dos direitos sociais, como trabalho, saúde, educação, entre outros. De acordo com o art. 2º do Pacto, cada Estado-parte se compromete a tomar medidas para assegurar, de forma progressiva e dentro do limite de seus recursos disponíveis, o pleno exercício desses direitos.

investimentos devem ser direcionados para a promoção dos direitos sociais (AZEVEDO NETO, 2017).

É crucial entender o direcionamento da noção de “progressividade”, não para o início de sua proteção, mas para o alcance do pleno exercício dos direitos sociais. O cidadão tem necessidades imediatas, como alimentação, moradia, vestimenta, educação e cuidados com a saúde, que não podem ser adiadas no presente momento. Embora o alcance pleno de todos os direitos para toda a população possa ser um processo gradual, a necessidade dos direitos sociais é imediata e atual (AZEVEDO NETO, 2017).

A CRFB/1988 não apresenta as mesmas ambiguidades que algumas normas internacionais, no que se refere aos direitos sociais. O art. 6º, da CRFB/1988 é bastante claro ao elencar uma variedade de bens – incluindo educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia – como direitos sociais, sem fazer qualquer ressalva limitadora do seu escopo. A única condição mencionada é a menção, no texto do dispositivo, da expressão “na forma desta Constituição”, o que, em nosso entender, não limita seu exercício, apenas fornece diretrizes sobre como eles devem ser garantidos.

Outros artigos da CRFB/1988 reforçam a justiciabilidade dos direitos sociais. O art. 7º detalha diversos direitos relacionados ao trabalho. Já o art. 196 estabelece de forma explícita que a saúde é um “direito de todos e dever do Estado” e o art. 205 trata da educação como um direito. Essa linguagem não deixa espaço para a interpretação de que os direitos sociais sejam meramente programáticos ou orientações gerais para políticas futuras (AZEVEDO NETO, 2017). Ao contrário, eles são direitos substantivos, plenamente e prontamente justiciáveis, e podem ser exigidos imediatamente contra o Estado e particulares, se for o caso.

Então, ao contrário de certas normas internacionais positivadas com textos que podem ser interpretados de forma mais ambígua, a CRFB/1988 fornece uma base sólida e inconfundível para a efetivação e justiciabilidade imediata dos direitos sociais (BÜHRING, 2015). Ante o exposto, os esforços do Estado devem estar direcionados a atender

a essas necessidades presentes, mesmo enquanto trabalha para a efetivação plena desses direitos de forma progressiva.

A resistência à justiciabilidade de direitos sociais está frequentemente atrelada a uma visão conservadora de preocupação das elites com a potencial perda de poder e espaço social¹⁸⁵. Esse enfoque se manifesta especialmente quando políticas voltadas para a redistribuição de renda e a satisfação das necessidades básicas da população são discutidas (AZEVEDO NETO). A mudança de paradigma para se deslocar da proteção dos interesses de uma elite para uma abordagem mais inclusiva e equitativa causa impactos e insatisfação de grupos de interesses com representantes em diversos setores nas estruturas estatais.

Do ângulo político, ainda se debate a competência dos tribunais dentro da estrutura estatal para deliberar sobre questões ligadas a políticas públicas (KING, 2012). Esse elemento teórico, denegando o caráter de acionabilidade dos direitos sociais, é referente às reservas de atribuições ao Legislativo e ao Executivo, para a definição das políticas sociais. Nessa linha de argumentação, os juízes carecem de legitimidade democrática para garantir direitos sociais, em respeito ao princípio da separação dos poderes (AZEVEDO NETO, 2017). No entanto, tal argumento é invalidado à luz da concepção moderna de que as funções estatais não operam isoladamente (LINS, 2009).

Embora a separação de poderes seja um elemento vital para a democracia, é igualmente importante lembrar que o sistema de freios e contrapesos só funciona eficazmente em um ambiente de interdependência, não de independência entre os poderes, com o imprescindível controle mútuo, cabendo ao Judiciário, no exercício de seu múnus constitucional, assegurar a aplicabilidade do Direito vigente (LINS, 2009).

185 Flávia Piovesan (2009) defende a posição de que a alegação de falta de justiciabilidade tem seu substrato em uma vertente ideológica, nestes termos: “a ideia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância”.

Nesse sistema de freios e contrapesos, a reciprocidade na fiscalização e nas limitações entre os poderes retira o caráter absoluto de qualquer um deles (SOUZA NETO, 2009). O Judiciário, portanto, deve atuar na garantia de direitos sociais quando os poderes Legislativo e Executivo forem omissos ou falhos, pois tais direitos são assegurados pela CRFB/1988 e por tratados internacionais.

A ideia de um Estado promovedor e garantidor de desenvolvimento implica uma crescente intervenção para a consecução da justiça social. A atividade estatal, assim, deve envidar esforços e implementar atos materiais para alcançar a efetividade e realização de direitos sociais exigíveis, com amparo no arcabouço normativo do Direito Internacional do Trabalho, como direito ao trabalho, proteções trabalhistas individuais e coletivas, acesso à seguridade social, saúde, educação, ciência, lazer, cultura e o que mais se reconheça necessário para a consecução da justiça social (NICOLI, 2016).

A justiciabilidade dos direitos sociais, como visto, vem passando por relevantíssima evolução no campo teórico e prático. Neste trabalho, já foi destacada a decisão paradigmática do STF, no julgamento da ADPF 45/DF, fixando a tese de que direitos sociais são plenamente acionáveis, devendo o Poder Judiciário determinar a realização de uma política pública de forma excepcional, quando estiver diante de casos de falhas ou missões imputáveis aos poderes Executivo e Legislativo.

Sob outro prisma, a jurisprudência da Corte IDH também vem contribuindo, de forma decisiva, para a aceitação, por parte dos Estados, da justiciabilidade dos direitos sociais, em virtude das decisões proferidas, de cunho condenatório, com caráter jurisdicional e vinculante.

Diante disso, é imperioso analisar quais são os mecanismos de monitoramento, suas características e procedimentos, para aferir se os estados signatários da CADH estão cumprindo e promovendo os direitos sociais albergados nos tratados internacionais do Sistema Interamericano¹⁸⁶.

186 Este trabalho científico aborda os mecanismos de controle e de monitoramento do Sistema Interamericano pelo fato de que é o mais avançado, em termos de

A CADH é dotada de caráter obrigatório e de exigibilidade para os estados signatários. No entanto, essa norma internacional é deficitária em termos de cláusulas tratando de direitos sociais. O art. 26 (desenvolvimento progressivo), conforme o seu teor, é o único que faz referência aos direitos econômicos, sociais e culturais. Ademais, ainda há os artigos 15 e 16, que são atinentes aos direitos de reunião e de associação, respectivamente, os quais podem albergar os direitos sindicais para situações específicas.

Para enfrentar a ausência de maiores detalhamentos no tocante aos direitos sociais na CADH, foi editado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Assuntos de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, comumente chamado de “Protocolo de San Salvador”.

O Protocolo de San Salvador foi aprovado pelo Sistema Interamericano com ínsito propósito de facilitar a justiciabilidade dos direitos sociais e inviabilizar alegações impeditivas à efetividade dos direitos de segunda dimensão. Com isso, o sistema ganhou um mecanismo legal com exigibilidade inquestionável e especificidade considerável para proteger direitos sociais, incluindo os direitos trabalhistas, na sua jurisdição (AZEVEDO NETO, 2017).

A norma internacional em apreço trouxe um extenso rol de direitos sociais e trabalhistas¹⁸⁷, além dos culturais e econômicos¹⁸⁸.

obrigatoriedade e vinculação, ao qual o Estado brasileiro está vinculado.

187 Estão elencados no art. 7º, do Protocolo de San Salvador, os seguintes direitos trabalhistas: a) a remuneração mínima que garanta subsistência digna e decorosa sem discriminação; b) direito do trabalhador de seguir sua vocação e de trocar voluntariamente de emprego; c) direito à promoção; d) estabilidade no emprego; e) segurança e higiene no trabalho; f) proibição de trabalho noturno, insalubre ou perigoso para menores de 18 anos; g) limitação da jornada de trabalho; h) repouso, gozo do tempo livre, férias e feriados nacionais remunerados.

188 Conforme explicitado neste tópico do texto, o Protocolo de San Salvador, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotou previsão de que os Estados devem empregar o máximo de recursos ao seu alcance para, de forma progressiva e por meio de esforços nacionais e cooperação internacional, assegurar a completa realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, conforme o disposto em seu art. 1º: “Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados,

Quanto aos trabalhistas, o art. 6º, item 2, do Protocolo de San Salvador¹⁸⁹ determinou a obrigação dos Estados de promoverem o pleno emprego. Já o art. 7º da norma¹⁹⁰ faz menção enfática a que os estados signatários devem prever em suas legislações os direitos trabalhistas lá elencados.

No tocante aos mecanismos de monitoramento, o Protocolo de San Salvador prevê as sistemáticas dos relatórios (art. 19, itens 1 a 5) e das petições individuais (art. 19, item 6). Outrossim, a CIDH poderá formular as observações e recomendações que considerar pertinentes sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais nos Estados-partes do Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica.

Acontece que, com relação ao mecanismo das petições individuais, somente os direitos sociais nele previstos (direito à educação e direitos sindicais) podem ensejar a sua utilização para denunciar violações desses direitos, acaso sejam cumpridas as exigências de admissibilidade, de acordo com a previsão textual do art. 19, item 6, do Protocolo de San Salvador¹⁹¹.

especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”.

189 O art. 6º, item 2, do Protocolo de San Salvador estabelece: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho”.

190 A redação do art. 7º, do Protocolo de San Salvador, tem os seguintes termos: “Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular [...]”.

191 Segue o teor do art. 19, item, do Protocolo de San Salvador: “Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de

A previsão do art. 19, item 6, do Protocolo de San Salvador, em um primeiro momento, apresentou algumas incertezas decorrentes da literalidade do seu texto, considerando que poderiam surgir indagações e questionamentos acerca do cabimento de denúncias de casos contendo objetos distintos dos direitos da educação e de liberdade sindical (PIOVESAN, 2009).

Todavia, observando-se a jurisprudência da Corte IDH, constata-se o estabelecimento de três tipologias para processar denúncias postuladas mediante petição individual, em se tratando de direitos sociais diversos da educação e dos direitos sindicais (PIOVESAN, 2011). A Corte buscou apresentar soluções, em suas decisões, no sentido de evitar questionamentos quanto à sua competência para dirimir e julgar processos contendo violações de direitos sociais, além dos dois constantes no art. 19, item 6, do Protocolo Adicional à CADH.

A CIDH, no exercício de suas atribuições quanto ao crivo do juízo de admissibilidade sob sua incumbência, segue as mesmas estratégias para admitir os casos de violações de direitos sociais representados por petições individuais. Com isso, insta analisar as tipologias desenvolvidas pela Corte.

A primeira é enquadrar a violação do direito social como reflexo à dimensão positiva a um direito individual. No caso *Villagran Morales vs. Guatemala* (1999), houve condenação do Estado pela Corte IDH, em virtude da impunidade relativa à morte de cinco meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por dois policiais nacionais da Guatemala (CORTE IDH, 2009).

A Corte IDH determinou, como medidas de reparação, o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas, a reforma no ordenamento jurídico interno, visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos e a construção de uma escola em memória das vítimas. Nos fundamentos da decisão, a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente, abraçando a visão de que compreende não apenas

petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

uma dimensão negativa, como o direito a não ser privado da vida arbitrariamente, mas inclusive uma dimensão positiva, a de demandar dos Estados medidas apropriadas para proteger o direito à vida digna (CORTE IDH, 2009).

Nesse ponto, merece menção o julgamento do caso das *Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana*, pela Corte IDH. No processo em questão, o direito à educação foi tratado pela sua dimensão negativa, como resultado da violação dos direitos à nacionalidade e à igualdade perante a lei. Esses direitos civis foram violados quanto à perspectiva da dimensão positiva, com reflexos no direito à educação.

Na causa em questão, a República Dominicana foi acusada e condenada pelo fato das crianças Yean e Bosico terem ficado impossibilitadas de ir à escola, em virtude de serem filhas de pais haitianos, embora as mães fossem dominicanas e tivessem nascido em solo dominicano, onde prevalece a regra do *ius soli*. Tudo em razão da dificuldade de obterem o registro civil de nascimento, sobretudo em razão de forte preconceito decorrente da origem dos pais.

A segunda estratégia interpretativa da Corte IDH é utilizar o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais. Para isso, a Corte endossa o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no art. 26 da CADH, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis (PIOVESAN, 2011).

No caso da comunidade indígena *Yakye Axa vs. Paraguai* (2005), a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Segundo a Corte IDH, a saúde, para os povos indígenas, tem uma dimensão coletiva e a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre ela.

A Corte IDH enfatizou diretamente o dever dos Estados, no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais no caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005), a fim de assegurar o direito

à educação, com destaque à especial vulnerabilidade das meninas. A preocupação da Corte foi no sentido de garantir a educação primária gratuita para elas, com a finalidade de propiciar condições ao seu pleno desenvolvimento intelectual.

Em outra decisão, no caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguai* (2010), a Corte IDH condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (artigos 4º, 21 e 25 da CADH, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural.

Nos fundamentos da sentença, a Corte IDH relativizou os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse, determinando a sua não aplicação às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra. A relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade – o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo art. 21 da Convenção (CORTE IDH, 2010).

No julgamento, a Corte IDH ainda assertivamente impôs o dever do Estado de assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros (CORTE IDH, 2010).

A terceira e última tipologia ocorre quando a Corte IDH viabiliza a proteção indireta dos direitos sociais, invocando a proteção de direitos civis¹⁹² (PIOVESAN, 2011). A defesa dos direitos sociais ocorre pela via indireta, como obrigações positivas decorrentes de direitos civis. Essa estratégia é a aplicação, por parte da Corte, da teoria e característica da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos (Convenção de Viena de 1993).

192 O STF já utilizou a estratégia da proteção indireta do direito social, afirmando existir uma relação de continência com o direito individual (ADI 939-7).

No caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (2001), envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve), a Corte IDH condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. Nesse julgamento, a Corte alcançou a proteção indireta de direitos sociais, no caso, a proteção ao direito ao trabalho, tendo como suporte o fundamento do Direito ao devido processo legal e à proteção judicial¹⁹³.

Em outras situações, a Corte IDH proferiu condenações de casos de violações do direito à saúde, porém empregou como fundamento a tutela do direito à integridade física. É o que se verificou no caso *Albán Cornejo y otros vs. Equador* (2007), referente à negligência médica em hospital particular, quando a mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, em decorrência do medicamento prescrito.

Com a mesma estratégia, no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003), concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, a Corte IDH também deu guarida à proteção ao direito à saúde, sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

O caso *Cinco pensionistas vs. Peru* (2003) é outro processo de muita relevância julgado pela Corte IDH, envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru. A Corte condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos cinco pensionistas.

Recentemente a Corte IDH condenou o Estado brasileiro no julgamento do caso *Funcionários da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares* (2020), tratando-se do direito a condições de trabalho equitativas e satisfatórias, porém a decisão sustentou a aplicação do art. 26, da CADH, destacando que esse artigo faz referência

193 A Corte Interamericana, no caso *Aguado Alfaró e outros vs. Peru* (2006), envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, condenou o Estado, utilizando também o argumento da afronta ao devido processo legal e proteção judicial.

às normas relativas a aspectos econômicos, sociais, educacionais, científicos e culturais presentes na Carta da OEA. Nesse caso, foi utilizada a segunda tipologia apresentada e explicitada acima.

No caso concreto, a Corte IDH entendeu que as empregadas da fábrica de fogos faziam parte de um grupo discriminado ou marginalizado, porque se encontravam em situação de pobreza estrutural e eram, em amplíssima maioria, mulheres e meninas afrodescendentes. No entanto, o Estado não adotou medida alguma capaz de enfrentar ou de buscar reverter a situação de pobreza e marginalização estrutural das trabalhadoras da fábrica de fogos, com atenção aos fatores de discriminação presentes na situação (CORTE IDH, 2020).

Os direitos mencionados como violados, no julgamento em questão, foram o direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho, a proibição do trabalho infantil e a proibição de discriminação. Esse caso é relevante para a proteção dos direitos trabalhistas no Estado brasileiro, constituindo-se como parâmetro de convencionalidade para os órgãos jurisdicionais trabalhistas.

O Tribunal Interamericano, por meio de uma interpretação progressista, pautada na indivisibilidade e na interconexão dos direitos humanos, tem possibilitado aprimoramentos na proteção dos direitos sociais. A Corte IDH estabeleceu sua própria dinâmica estrutural, com a aplicação das tipologias ou estratégias, para a proteção dos direitos sociais, com esteio no arcabouço normativo do Sistema Interamericano.

Tal postura demonstra a irrefutável justiciabilidade dos direitos no plano do controle de convencionalidade, construindo parâmetros hermenêuticos para enfrentar violações de direitos sociais. Na persecução dos objetivos deste trabalho acadêmico, a construção dessas teorias estratégicas de justiciabilidade dos direitos sociais pela Corte IDH será de significativa importância para as propostas de aprimoramento de controle de convencionalidade, como instrumento

para conter as políticas legislativas retrocessivas de direitos sociais e trabalhistas.

3.4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE COMO MECANISMO DE REAÇÃO AO *EFEITO BACKLASH* E GARANTIDOR DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Na esteira da narrativa desenvolvida até o momento, verifica-se a relevância do controle de convencionalidade para a proteção dos direitos sociais, inclusive os trabalhistas. Considerando todos os seus elementos, instrumentos e características, o controle de convencionalidade contribuirá decisivamente, no nosso entender, para o enfrentamento do movimento de aprovação de medidas legislativas com o objetivo de desconstrução dos direitos sociais, especialmente os trabalhistas, vivenciado no Estado brasileiro. Dessa forma, o efeito *backlash* pode ser paralisado pela reação convencional em prol dos direitos humanos.

A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais já foi apresentada neste trabalho acadêmico e algumas considerações críticas foram feitas ao critério de diferenciação entre as duas categorias. Contudo, quanto ao aspecto técnico processual para a realidade do sistema processual brasileiro, o estabelecimento de diferenças entre direitos humanos e direitos fundamentais reforça a premissa de existência de dois planos de proteção, quanto à dinâmica processual, dos direitos humanos e fundamentais.

Neste ponto do estudo, serão apresentadas propostas de encaminhamentos técnico-processuais, buscando ampliar os mecanismos de proteção e de monitoramento dos direitos humanos, no plano internacional, e dos direitos fundamentais, no tocante ao sistema interno brasileiro. Conforme mencionado, será levado em consideração o critério formal de estabelecimento de diferenças entre os direitos humanos e direitos fundamentais, com o propósito

de atingir o objetivo da pesquisa no contexto do sistema processual brasileiro, a despeito das críticas empreendidas neste trabalho.

O controle de convencionalidade pode ser dividido em duas vertentes. Uma é a do controle internacional, o qual se manifesta quando é editado um ato público interno (legislativo, judicial ou administrativo) incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos de um dado sistema internacional de proteção de direitos humanos, a exemplo da violação do art. 2º da CADH, o qual impõe o dever de adotar disposições de Direito interno compatíveis com os direitos humanos reconhecidos por ela (CANTOR apud AZEVEDO NETO, 2017).

A outra espécie de controle de convencionalidade é a interna ou nacional. Esse controle ocorre quando um órgão judicial de um país deixa de aplicar o Direito interno e aplica a Convenção ou outro tratado, mediante um exame de confrontação normativa, entre Direito interno e norma internacional, em um caso concreto e profere uma decisão judicial protegendo os direitos da pessoa humana (CANTOR apud AZEVEDO NETO, 2017).

Passa-se, neste ponto, a analisar as sugestões técnicas para o fortalecimento do controle de convencionalidade como procedimento de proteção dos direitos humanos e direitos fundamentais, tanto na esfera interna do ordenamento jurídico brasileiro, quanto no plano do Sistema Interamericano. Os mecanismos de controle e de monitoramento deste último serão os objetos de estudo, em detrimento de outros sistemas internacionais, pelo fato de que é o mais avançado, em termos de obrigatoriedade e vinculação quanto às medidas adotadas pelo Estado brasileiro.

Apesar do caráter subsidiário e adicional dos sistemas internacionais, a análise iniciará pelo Sistema Interamericano e, posteriormente, será concluído o direcionamento de encaminhamento de propostas de fortalecimento dos mecanismos de monitoramento do controle de convencionalidade, com a avaliação dos procedimentos do sistema processual brasileiro.

Quanto ao Sistema Interamericano, é importante rememorar que existe o mecanismo de monitoramento das petições individuais como forma de controle dos Estados, a fim de aferir o respeito às normas da CADH e ao Protocolo Adicional à Convenção, o de San Salvador. Apesar de terem sido apontadas suas nuances, por questões didáticas, a sistemática das petições individuais será resumida a seguir.

O mecanismo das petições individuais é uma via importante para que vítimas de violações de direitos humanos busquem justiça e reparação. As petições individuais podem ser apresentadas por qualquer indivíduo, grupo de indivíduos ou entes despersonalizados, alegando violações de direitos protegidos pela CADH (MAZZUOLI, 2013).

A CIDH tem a responsabilidade de analisar essas petições, conduzir investigações, mediar acordos e, em última instância, fazer recomendações aos Estados membros para remediar as violações de direitos humanos identificadas. Se o Estado não cumpre as recomendações propostas, o caso é encaminhado à Corte IDH por representação da Comissão (PIOVESAN, 2012).

A Corte IDH, por sua vez, pode julgar casos individuais contra Estados que aceitaram sua jurisdição obrigatória no exercício de sua soberania. Suas decisões são vinculativas e podem resultar em medidas de reparação às vítimas (RAMOS, 2019).

Uma característica importante do mecanismo das petições é a circunstância de que se trata de um controle concreto de convencionalidade, ou seja, tem como objeto um caso real de violação de direitos humanos. Essa conclusão é decorrente do disposto do art. 46, da CADH, ao consignar como pressupostos de admissibilidade o esgotamento das instâncias da jurisdição doméstica e o prazo de seis meses para a vítima acionar a CIDH.

Depois dessa síntese, a primeira medida de aprimoramento técnico do procedimento de petição individual do Sistema Interamericano a ser proposta é permitir a denúncia, em abstrato, de descumprimento de direitos humanos, por parte dos Estados, quando

adotarem medidas legislativas objetivando a desconstrução do arranjo protetivo dos direitos humanos e fundamentais.

A finalidade da proposta é buscar a aceitação de que a sistemática de petições individuais possa ser utilizada para denunciar Estados que estão adotando políticas legislativas de redução de proteção dos direitos humanos, tendo como objeto a própria medida legislativa editada e não um caso concreto, não sendo necessário esperar a chegada de um caso concreto para ser dirimido anos depois pelos órgãos de monitoramento do Sistema Interamericano, como é o caso da aprovação da Lei nº 13.467/2017 pelo Brasil.

Em nosso sentir, a proposta sugerida de controle abstrato via petição individual pode ser viabilizada, conforme os fundamentos e justificativas que serão apresentados, com base em uma interpretação sistemática dos preceitos da CADH e da própria expansão da jurisdição¹⁹⁴ contenciosa da Corte IDH, como foi visto no tópico anterior deste capítulo.

Com os precedentes verificados no decorrer do texto, chega-se à conclusão de estar ocorrendo, no âmbito do Sistema Interamericano, a expansão da jurisdição da Corte IDH, em decorrência da força normativa dos tratados internacionais, o que implica, *mutatis mutandis*, no que se chama de força convencional¹⁹⁵ das normas internacionais sobre direitos humanos.

O primeiro argumento é a expansão da jurisdição e do avanço dos mecanismos de controle de convencionalidade da Corte IDH. A qual, ao exercer sua competência contenciosa, sustentava a posição de que o mecanismo de controle de convencionalidade, seja pela sistemática de petições individuais, seja pelas comunicações interestatais, só era

194 A afirmação da ocorrência da expansão da jurisdição da Corte IDH decorre dos estudos do autor, após toda a análise de precedentes feita, destacada neste texto e em outros estudos não transcorrer da pesquisa.

195 A expressão “força convencional” é mais uma idealizada pelo autor para distinguir da “força normativa da Constituição” e tem, como essência, a premissa de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma eficácia irradiante e uma dimensão objetiva próprias, com a capacidade de condicionar e interpenetrar as jurisdições e direitos domésticos, paralisando os efeitos das normas internas contrárias aos parâmetros internacionais éticos mínimos de direitos humanos.

aplicável em situações em que uma norma específica era avaliada em um caso concreto. Dessa maneira, não fazia o controle de convencionalidade na forma abstrata, restringindo tal atividade ao seu papel consultivo (AZEVEDO NETO, 2017).

A Corte IDH modificou sua posição e começou a admitir a capacidade de exercer sua competência contenciosa e jurisdicional para determinar a inconformidade de uma norma que, em sua avaliação, violasse uma disposição da CADH, não abordada no caso concreto em cotejo (CORTE IDH, 1997).

Assim, estabeleceu-se a incompatibilidade de uma norma com o art. 2º da Convenção, mesmo que não tivesse sido aplicada em uma situação específica ou causado algum dano para a vítima do caso objeto do controle (MARINONI, 2013). Em outras palavras, a Corte IDH declarou a inconvenção de uma norma interna com base no art. 2º, da CADH, a despeito de não ter incidido no processo em julgamento de um caso concreto específico.

É importante notar que a ideia de a Corte ter competência para considerar uma norma como não compatível com um tratado internacional, mesmo sem aplicação prática em um caso específico, já tinha sido defendida pelo juiz Antônio Cançado Trindade, em um voto dissidente no caso *Caballero vs. Colombia*, decidido em 29 de janeiro de 1997¹⁹⁶.

196 Segue trecho constando o voto dissidente de Augusto Cançado Trindade: “10. Como estas normas convencionales vinculan los Estados Partes - y no solamente sus Gobiernos, - también los Poderes Legislativo y Judicial, además del Ejecutivo, están obligados a tomar las providencias necesarias para dar eficacia a la Convención Americana en el plano del derecho interno. El incumplimiento de las obligaciones convencionales, como se sabe, compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial. En suma, las obligaciones internacionales de protección, que en su amplio alcance vinculan conjuntamente todos los poderes del Estado, comprenden las que se dirigen a cada uno de los derechos protegidos, así como las obligaciones generales adicionales de respetar y garantizar éstos últimos, y de adecuar el derecho interno a las normas convencionales de protección, tomadas conjuntamente. Como sostuve también en mi Voto Disidente en el caso *El Amparo (Caso El Amparo, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28), las violaciones de derechos humanos y las reparaciones de los daños de ellas resultantes deben determinarse bajo la Convención Americana teniendo presentes las obligaciones específicas relativas a cada uno de los derechos protegidos juntamente con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. El reconocimiento de la

Essa posição adotada pela Corte IDH é de fundamental relevância no sentido de ter enfatizado a possibilidade de uma norma interna ser declarada inconvencional, por estar infringindo o preceito do art. 2º, da Convenção, o qual determina a obrigação dos Estados de implementarem medidas de Direito interno para cumprir os compromissos assumidos com a celebração do Pacto de San José da Costa Rica. Trata-se realmente de um controle abstrato de convencionalidade.

Outro fundamento é a análise abstrata, que também é feita pelo Sistema Interamericano, seja pelas recomendações emitidas pela CIDH, seja pelas decisões condenatórias da Corte IDH, quando, no exame de casos concretos, constata-se a ausência de normas internas para a proteção dos direitos humanos considerados violados. De fato, é feito um exame da legislação interna de determinado estado, a fim de aferir, com relação aos direitos humanos atinentes aos casos concretos, se estão sendo protegidos mediante a aprovação de normas nacionais, em respeito ao art. 2º, da CADH.

Ao se fixar na compreensão do teor do art. 2º, há um comando determinando a adoção de medidas legislativas ou de outra natureza para tornar efetivos os direitos humanos previstos nos tratados internacionais. Consagra-se, assim, a imposição de serem adotadas normas internas pelos Estados, como forma de cumprirem o compromisso assumido com o Sistema Interamericano e de as obrigações assumidas serem monitoradas pelos mecanismos de controle de convencionalidade à disposição dos seus órgãos¹⁹⁷.

indisociabilidad de estas dos obligaciones generales inter se constituiría un paso adelante en la evolución de la materia” (CORTE IDH, 1997).

197 Importante destacar que, em nosso entender, a sistemática de relatórios de incumbência da CIDH (art. 41, c, da CADH) é, ao mesmo tempo, um controle de convencionalidade concreto e abstrato, possuindo, assim, natureza híbrida, pois examina tanto casos concretos de violações de direitos humanos, quanto a compatibilidade das normas internas com os tratados internacionais de direitos humanos. Especificamente quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais, o art. 42, da CADH, consigna a determinação da CIDH, mediante análise de estudos e relatórios, acompanhar e velar para que os Estados promovam esses direitos. Na hipótese do último, é clara a ideia de controle abstrato de convencionalidade. Por

A ideia do art. 2º, da CADH se estende aos direitos de segunda dimensão, por força do disposto do art. 26 desse tratado. Nessa toada, percebe-se que está contida a noção de controle abstrato de convencionalidade, quando o comando normativo determina o Estado adotar providências, no âmbito do sistema interno, seja por via legislativa, seja por outros meios apropriados, para progressivamente¹⁹⁸ efetivar as normas econômicas sociais e culturais constantes na Carta da OEA.

Essa verificação se o Estado adotou medidas para proteger direitos humanos no plano interno ocorreu no caso *Maria da Penha vs. Brasil*¹⁹⁹ (RAMOS, 2009). A CIDH, ao concluir pela responsabilidade do Estado brasileiro nos referidos fatos, recomendou a adoção de diversas medidas, inclusive legislativa, no sentido de proteger os direitos humanos, bem como de um eficiente processo com a finalidade de responsabilizar o autor do fato com a maior brevidade possível e consequentemente a reparação da vítima.

O Brasil efetivamente tomou medidas administrativas e legislativas, com culminação na criação da Lei nº 10.886/2004, conhecida por Lei Maria da Penha, a qual acrescentou ao art. 129 do Código Penal Brasileiro a forma especial de “Violência Doméstica”, entre outras ações.

Esse exame de convencionalidade de comparar o que foi implementado de medidas legislativas no âmbito interno com a obrigação é decorrente do art. 2º, da CADH, culminando, se for o caso, com recomendação da Comissão ou condenação da Corte IDH, sendo, em nosso sentir, um controle abstrato por omissão. Aqui há uma peculiaridade de que a inconvenção por omissão, mediante

fim, a sistemática dos relatórios, frise-se, não tem caráter jurisdicional, é apenas um mecanismo de monitoramento de natureza política.

198 Deve-se levar em conta todas as considerações sobre o significado de progressividade feitos neste trabalho.

199 O caso *Maria da Penha vs. Brasil* tinha como objeto a tolerância de violência cometida contra a vítima Maria da Penha Maia Fernandes, praticada por seu então cônjuge, que disparou com arma de fogo contra a referida vítima, ato culminante a uma série de agressões sofridas durante a vida matrimonial.

condenação da Corte, tem caráter cogente e vinculante, implicando a sua obrigatoriedade, por parte do Estado, de adotar e editar medidas legislativas para a proteção dos direitos humanos.

Neste trabalho acadêmico, foram destacadas as três tipologias estruturais utilizadas pela Corte IDH para apreciar, via petições individuais, violações de direitos humanos sociais (PIOVESAN, 2011). A Corte, ao consagrar a dimensão positiva do Direito Civil (como, por exemplo, o direito à vida), o princípio da progressividade dos direitos sociais (em especial para a proteção de grupos socialmente vulneráveis) e a proteção indireta de direitos sociais, não só consagrou, de forma contundente, a justiciabilidade dos direitos de segunda dimensão, como também ratificou a sua competência jurisdicional para casos envolvendo esses direitos.

As estratégias para dirimir casos de violações de direitos sociais, sem deixar margem para quaisquer questionamentos quanto à sua sindicabilidade, é mais um argumento de reforço da expansão da jurisdição da Corte IDH e serve de parâmetro para a ampliação do alcance da sistemática das petições individuais, para permitir o controle abstrato de convencionalidade contra a edição de medidas do Direito interno retrocessivas quanto ao processo de afirmação de direitos humanos.

Outra perspectiva que pode ser viabilizada, dentro do escopo de justificar o manejo do mecanismo das petições individuais, é construir a possibilidade de apresentação da demanda diretamente à CIDH, em casos de aprovação de normas internas, como a Lei nº 13.467/2017²⁰⁰, ensejadoras de muitos questionamentos de inconstitucionalidades e inconveniências, quando, diante da latente desregulação ou redução das políticas sociais por parte do Estado, houver um cenário de hipossuficiência organizacional dos atores atingidos pela alteração ou revogação legislativa, para reverter a situação no plano interno.

A ideia de hipossuficiência organizacional enseja uma premissa de infringência de direitos, de ordem coletiva e somente uma medida

200 Ainda neste tópico, serão apresentados os preceitos da Lei nº 13.467/2017 violadores de normas internacionais de direitos humanos.

processual apta e devidamente concatenada com o direito material subjacente é capaz de implicar uma tutela processual efetiva. Diferencia-se o indivíduo vulnerável em termos organizacionais daquele vulnerável economicamente. A vulnerabilidade organizacional se refere à desvantagem em razão de aspectos não financeiros (GRINOVER, 2008).

Nessa toada, há indivíduos carentes financeiramente e há aqueles hipossuficientes em termos organizacionais. Assim, a hipossuficiência organizacional inclui, no seu alcance, as pessoas socialmente vulneráveis, como os consumidores, os beneficiários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde e aqueles que questionam políticas públicas em áreas como saúde, habitação, saneamento e meio ambiente (GRINOVER, 2008).

Na nossa compreensão, os trabalhadores, no tocante aos efeitos da Lei nº 13.467/2017, podem perfeitamente ser enquadrados como hipossuficientes organizacionais, pois conforme foi visto, o STF vem, nos últimos anos, sendo um viabilizador dos valores que, em seus julgados, não salvaguardam os direitos e interesses da classe trabalhadora.

Caso os instrumentos internos de proteção dos direitos humanos e fundamentais não sejam capazes de superar essa hipossuficiência organizacional e a desarticulação do arcabouço normativo-protetivo dos direitos trabalhistas, causada pelo efeito *backlash*, com a aprovação da Lei nº 13.467/2013, resultado da provocação de segmentos da sociedade brasileira interessados em diminuir o custo das contratações de trabalhadores com vínculos empregatícios, o pressuposto de esgotamento das instâncias nacionais para conhecimento das petições individuais de violações de direitos humanos deve ser superado²⁰¹, como forma de garantir o acesso ao Sistema Interamericano.

Nessa orientação, no caso de os trabalhadores estarem impossibilitados de agir contra a Reforma Trabalhista de 2017,

201 A superação do pressuposto de esgotamento das instâncias internas, para conhecimento da petição inicial no Sistema Interamericano, é reflexo da mutação de convencionalidade, em virtude do impacto transformador do controle de convencionalidade.

diante das condições estruturais do Estado brasileiro, de um lado, a reação legislativa, do outro, o STF com decisões refratárias à proteção das conquistas trabalhistas, estará atendido o pressuposto de admissibilidade do esgotamento das instâncias, diante do enquadramento da situação na exceção do art. 46, “b”, da CADH, ante a hipossuficiência organizacional dos trabalhadores, de não ter acesso aos mecanismos e recursos da jurisdição interna.

Outra motivação de defesa do encaminhamento proposto acerca do Sistema Interamericano é o respeito ao princípio da duração razoável do processo, quanto à garantia judicial prevista no art. 8º, item 1, do Pacto de San José da Costa Rica²⁰². No mecanismo das petições individuais, há uma demora considerável nas soluções dos casos concretos, tanto nas situações de solução amistosa, com o acatamento das recomendações da CIDH, quanto nas hipóteses de decisões condenatórias da Corte IDH.

O caso *José Pereira vs. Brasil* é um exemplo dessa realidade. Em 16 de dezembro de 1994, as organizações não governamentais Americas Watch e o Centro da Justiça e Direito Internacional apresentaram uma petição à CIDH contra o Brasil, denunciando a prática de trabalho forçado (submissão de outrem a condições análogas à de escravo), além de violação ao direito à vida e à justiça no sul do estado do Pará (SCAFF, 2010).

O Brasil foi acusado de violar os artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade física da pessoa), XIV (direito ao trabalho e à justa remuneração) e XXV (direito à proteção contra a detenção arbitrária) da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e também os dispositivos 6 (proibição da escravidão e da servidão), 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), em consonância com o art. 1 da CADH (SCAFF, 2010).

202 Dispõe o art. 8º, item 1, da CADH: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Esse caso foi o primeiro em que o Estado brasileiro assinou um acordo de solução amistosa, em setembro de 2003, reconhecendo sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos humanos praticada por particulares (SCAFF, 2010). É crucial observar o tempo considerável, onze anos, para a solução desse caso concreto.

Conforme visto no primeiro tópico deste capítulo²⁰³, o número de casos admitidos e solucionados no Sistema Interamericano é consideravelmente baixo. Daí, considerando toda a ampliação da jurisdição da Corte IDH na dinâmica processual das petições, seja exercendo o controle abstrato de forma incidental ao controle concreto, seja fazendo o contrato abstrato por omissão, também incidental ao controle concreto, não há razão para não se admitir o peticionamento direto para tratar do controle em tese de normas internas violadoras dos preceitos normativos dos tratados internacionais, salvaguardando o princípio da celeridade no Sistema Interamericano.

Quantos ao objeto do controle de convencionalidade, foi visto neste trabalho o caso conhecido como *A Última Tentação de Cristo*, julgado em 5 de fevereiro de 2001. Nesse processo, a Corte IDH determinou ao Estado chileno a obrigação de alterar um dispositivo constitucional relacionado à censura televisiva, por entender que a norma era incompatível com a CADH (HITTEERS, 2009). O mecanismo de convencionalidade na Corte passou a examinar a compatibilidade de normas constitucionais²⁰⁴ com os tratados internacionais do Sistema Interamericano.

203 Conforme levantamento realizado no primeiro item deste capítulo, no ano de 2022, 14% petições individuais foram conhecidas e tão somente 0,01% dos casos denunciados resultaram em decisões com apreciação do mérito pela Corte IDH.

204 Considerando que, no objeto do controle de convencionalidade perante o Sistema Interamericano, estão contidas até mesmo as disposições das constituições nacionais que podem entrar em conflito com o conteúdo do Pacto de San José da Costa Rica ou com a interpretação fornecida pela Corte a respeito dos direitos nele estabelecidos. Essa perspectiva encontra forte oposição, particularmente no Brasil, devido à tese predominante no STF que atribui aos tratados de direitos humanos um *status* de supralegalidade, em vez de constitucionalidade, dentro do sistema jurídico interno (MAZZUOLI, 2013; PIOVESAN, 2012; SILVA, 2018).

A determinação da Corte IDH é para o Estado alterar ou revogar a norma constitucional. No caso mencionado acima, a modificação da Constituição foi feita pelo Chile após a decisão (SAGÜÉS, 2011), a qual não implica anulação direta da norma local. É do Estado a responsabilidade de implementar a determinação da instância regional (HITTERS, 2009).

Nessa situação, a Corte IDH adotou um entendimento mais formalista, no que tange ao alcance e à abrangência da decisão pronunciada no exercício da competência contenciosa. De acordo com esse entendimento, a Corte não invalidou com efeito *erga omnes* as normas internas de um Estado.

No entanto, diante de um caso envolvendo crimes contra a humanidade, a Corte IDH adotou uma posição completamente distinta, como nos casos de Barrios Altos, Tribunal Constitucional de Peru e La Cantuta. A Corte atuou de maneira similar a um Tribunal Constitucional, declarando as leis de anistia do Peru como inaplicáveis em todo o território nacional, com efeitos vinculantes para todos (*erga omnes*) (HITTERS, 2009).

Essa hipótese em que a Corte IDH proferiu decisão de inconveniência para paralisar a eficácia da norma interna, se for o caso até de natureza constitucional, demonstra o seu papel transformador para estabelecer parâmetros mínimos de proteção de direitos humanos. A centralidade de preocupação da Corte (e do próprio Sistema Interamericano) é encontrar e utilizar instrumentos processuais aptos, com o propósito de alcançar efetividade em seus comandos decisórios.

Ante o exposto, a Corte IDH busca adaptar o procedimento, em especial sua decisão, com o intuito de tornar efetiva a proteção de direitos humanos violados, em casos concretos, ou exigir a alteração de normas internas, ou até paralisar a eficácia delas, quando tiverem reduzido a tutela dos direitos humanos. Pelos precedentes analisados, a Corte, com base no devido processo legal formal e substancial, assumiu a vertente de um sistema processual baseado nas atividades adotadas pelo órgão jurisdicional para encontrar instrumentos,

procedimentos e caminhos técnicos capazes de realizar o direito material subjacente. Esse sistema processual é conhecido como *ope judicis*.

Com base na ampliação dos efeitos de suas decisões e na admissão de objeto de controle de convencionalidade até de normas constitucionais, é notório o constante aprimoramento das dinâmicas processuais da Corte IDH. Essa evidente expansão de sua jurisdição pode albergar a possibilidade de se utilizar o mecanismo de monitoramento das petições individuais ao controle abstrato direto, para examinar a compatibilidade da norma interna com os parâmetros dos tratados internacionais de direitos humanos do Sistema Interamericano, sem necessidade de estar atrelado a um caso concreto de violação.

Por todo o exposto, apesar de muitos outros aspectos teóricos e prático-processuais necessitarem de análise e estudos, a proposta sugerida de utilização do mecanismo de monitoramento das petições individuais, com o seu regramento previsto na CADH, é aceitável tanto normativamente, quanto com base em precedentes da Corte IDH, os quais demonstram o processo evolutivo de expansão de sua jurisdição (força normativa convencional) e, conseqüentemente, a ampliação e aprimoramento dos procedimentos dessa sistemática de controle de convencionalidade.

Adentrando a abordagem do sistema interno de proteção de direitos humanos e direitos fundamentais, dois sistemas coexistem: o controle de constitucionalidade e o de convencionalidade. Não é finalidade deste trabalho acadêmico expor todas as nuances acerca dos controles indigitados. Com o objetivo de ser apontada uma proposta de aprimoramento, como resultado dos estudos da pesquisa, serão sucintamente indicados alguns aspectos dos subsistemas internos de proteção de direitos humanos e fundamentais.

O controle de constitucionalidade é um mecanismo que se concentra na análise da conformidade das normas internas com a própria Constituição de um Estado. O objetivo principal é garantir a não violação de princípios e normas estabelecidos na Constituição por atos normativos internos do país (SILVA, 2015).

Por outro lado, o controle de convencionalidade vai além das fronteiras nacionais e envolve a avaliação da compatibilidade das leis e práticas de um Estado com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais ele é parte. Essa abordagem visa garantir que os Estados cumpram suas obrigações decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos, independentemente de suas Constituições internas (MAZZUOLI, 2013)²⁰⁵.

Em resumo, enquanto o controle de constitucionalidade se concentra nas leis nacionais e suas constituições, o controle de convencionalidade abrange as obrigações internacionais dos Estados em relação aos tratados de direitos humanos. Com a existência dos dois mecanismos de proteção de direitos humanos, erigiu-se o duplo controle de verticalidade (MAZZUOLI, 2013; PIOVESAN, 2012). Assim, sempre que houver um conflito entre a lei ordinária e a CRFB/1988 ou com tratados internacionais mais favoráveis aos direitos humanos, a norma interna será considerada inválida.

No tocante ao controle de convencionalidade, a sugestão de aprimoramento está circunscrita ao plano interno de proteção de direitos humanos e fundamentais. Isto posto, é preciso examinar a classificação dos tratados internacionais, principalmente os de direitos humanos, a fim de perscrutar o funcionamento do controle de convencionalidade.

Como a ideia do presente estudo é desenvolver direcionamentos para ampliar o escopo de proteção dos direitos humanos no plano interno brasileiro, por meio do controle de convencionalidade, contra políticas retrocessivas na promoção de direitos humanos, especialmente os sociais e os trabalhistas, o critério de especificação da natureza das convenções internacionais sobre direitos humanos será o adotado majoritariamente no STF.

205 Na dicção do disposto no art. 2º, da CADH, consta uma distinção de compatibilidade com dois eixos (Constituição e normas internacionais de direitos humanos) de padrões mínimos de proteção dos direitos humanos e fundamentais, quando assevera o compromisso dos Estados-partes de adotar as normas internas necessárias para a efetividade dos direitos e liberdades, “de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção”.

Como já destacado, o STF, ao julgar o RE nº 466.343, atribuiu aos tratados de direitos humanos a natureza de norma supralegal, mas infraconstitucional, quando não foram aprovados pelo § 3º, do art. 5º da CRFB/1988²⁰⁶. Apesar de votos divergentes²⁰⁷, prevaleceu a tese da supralegalidade. Partindo-se da perspectiva prevalecente, apresentar-se-á a classificação das espécies dos tratados internacionais já com devida correlação do mecanismo convencional a que está submetido.

Ressalta-se, didaticamente, que os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo § 3º, do art. 5º, da CRFB/1988 (RE nº 466.343), possuem status supralegal²⁰⁸. Como não possuem valor constitucional, esses tratados internacionais de direitos humanos atuam como parâmetro para o controle difuso de convencionalidade²⁰⁹, também chamado de controle de supralegalidade²¹⁰ (BRANCO e MENDES, 2017).

A matéria relativa ao controle difuso de convencionalidade dos tratados de direitos humanos com status supralegal deverá ser suscitada em sede preliminar na petição, cabendo ao juiz, antes de adentrar no mérito do pedido principal, proceder a análise da convencionalidade. Esse controle pode ser levantado em qualquer instância judicial e é uma responsabilidade e incumbência que se estende a todos os juízes (MAZZUOLI, 2013).

Já os tratados internacionais de direitos humanos aprovados mediante maioria qualificada possuem natureza constitucional, de

206 Foi deixado de lado o entendimento sufragado no paradigma da legalidade para qualquer tratado, independentemente de seu objeto (PIOVESAN, 2012).

207 A vertente da constitucionalidade foi defendida pelos Ministros Celso de Mello, Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau (PIOVESAN, 2012).

208 No entendimento de Mazzuoli (2013), os tratados de direitos humanos deveriam ter status constitucional, independentemente do quórum de aprovação.

209 Segundo Mazzuoli (2013), há uma distinção entre controle de convencionalidade – que versa sobre os tratados de direitos humanos – e controle de supralegalidade – que diz respeito aos demais tratados.

210 O controle difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade) não se confunde com o controle de legalidade (entre um decreto e uma lei, por exemplo), nem com o controle de constitucionalidade (ocorre quando há antinomia entre uma lei e a CRFB/1988). Para Mazzuoli (2013), existem quatro controles: de legalidade, de supralegalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade.

acordo com o § 3º, do art. 5º, da CRFB/1998²¹¹. Esses tratados, então, servem como critério de referência ou parâmetro para o controle de convencionalidade, podendo este ser de natureza concentrada, quando realizado perante o STF, ou difusa, competência esta que cabe a qualquer juiz (BRANCO e MENDES, 2017).

O controle de convencionalidade concentrado perante o STF equivale, em essência, ao controle de constitucionalidade concentrado. Isso ocorre porque os tratados aprovados com quórum qualificado assumem um status similar ao de uma Emenda Constitucional, podendo então ser, ao mesmo tempo, parâmetro de convencionalidade e de constitucionalidade (BRANCO e MENDES, 2017). No concentrado, cabe o emprego de todas as medidas previstas nesse procedimento, a ADI, a ADC, a ADPF e, mesmo de difícil aceitação, a ADPF.

Basicamente, partindo do entendimento do STF (RE nº 466.343), o controle brasileiro de convencionalidade pode ser assim sintetizado: a) quando o parâmetro de convencionalidade for o de tratados internacionais de direitos humanos com natureza de norma supralegal, cabe o controle difuso de constitucionalidade, podendo ser exercido por qualquer órgão jurisdicional; e b) quando o parâmetro de convencionalidade for norma internacional de direitos humanos com natureza de norma constitucional (§ 3º, do art. 5º, da CRFB/1988), pode ser viabilizado o uso tanto do controle difuso, quanto do concentrado de convencionalidade.

Ora, constata-se pela síntese acima que, do ponto de vista processual, os tratados internacionais sobre direitos humanos com natureza de norma supralegal ficam restritos, no sistema interno, ao âmbito de proteção do controle difuso de convencionalidade, sem possibilidade de qualquer uso de instrumento do controle concentrado e abstrato para a proteção dessas normas de direitos humanos.

211 Existem autores que sustentam a teoria de que os todos os tratados internacionais de direitos humanos detêm uma constitucionalidade material. Outrossim, quando esses tratados são aprovados por meio do quórum qualificado do § 3º, art. 5º, da CRFB/1988, eles adquirem não apenas constitucionalidade material, mas também formal (MAZZUOLI, 2013; PIOVESAN, 2012).

Ademais, não se pode confundir a não admissibilidade, tendo como parâmetro a norma supralegal, do controle concentrado e abstrato de convencionalidade, com a utilização de tratados internacionais como fundamentação para julgamento das ações do controle concentrado de constitucionalidade no STF, tendo como normas de referência ou parâmetros normas constitucionais no sentido formal²¹². Com base em tratados internacionais sobre direitos humanos, principalmente com o argumento do Pacto de San José da Costa Rica, com o manejo dessas ações tendo como parâmetros de convencionalidade as normas internacionais com natureza de supra legalidade.

Ao se considerar essa dinâmica processual, no sistema interno brasileiro de convencionalidade, constata-se uma distorção de grau de proteção, no nosso entender, entre os direitos humanos previstos nas normas internacionais aprovadas com natureza de norma constitucional e os direitos humanos constantes em normas com status de supralegalidade. Enquanto os primeiros (natureza constitucional) ficam protegidos pelos dois subsistemas do controle de convencionalidade, difuso/concreto e concentrado/abstrato, os segundos, em virtude do seu enquadramento como normas supralegais, contam apenas com o controle difuso/concreto de convencionalidade.

Diante disso, será apresentada uma proposta de correção dessa realidade de diferenciação de proteção processual dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, por meio do controle de convencionalidade, tomando como base uma mera distinção formalística quanto à natureza de recepção da norma internacional pelo Estado brasileiro, conforme o precedente fixado pelo STF no RE nº 466.343.

Ao se levar em conta esse entendimento do STF acerca da classificação dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo utilizado o critério formal quanto ao processo de incorporação

212 Importante frisar, no tocante ao controle de condicionalidade, o entendimento do STF e só admitir como parâmetro de condicionalidade normas constitucionais no seu aspecto formal (BRANCO e MENDES, 2017).

da norma ter seguido ou não o rito legislativo do § 3º, do art. 5º, da CRFB/1988, em nosso entender, é processualmente cabível a propositura de ADPF para proteger direitos humanos consagrados em normas internacionais com a natureza de supralegalidade, consoante os argumentos e fundamentos a seguir defendidos.

O primeiro fundamento, para se criar um caminho técnico plausível, a fim de que a ADPF possa ser proposta tendo como objeto um ato do poder público infringindo normas internacionais de direitos humanos com o status de supralegalidade, é o de não se admitir a existência de categorias de direitos humanos com tratamentos distintos de proteção processual, em virtude da natureza formal de enquadramento dos tratados internacionais de direitos humanos, no momento de sua incorporação pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Caso se permita a continuação desse tipo de diferenciação de níveis de proteção dos direitos humanos, no campo da tutela processual, os preceitos de diversos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte, em nossa percepção, permanecerão sendo violados, a exemplo do art. 1º, da CADH, o qual determina a obrigação dos Estados de proteger os direitos sem discriminação alguma. Então, os direitos humanos, independente da natureza de suas normas no plano interno, merecem o mesmo tratamento quanto aos mecanismos de controle de convencionalidade.

Outro aspecto argumentativo, como já apontado, é o reconhecimento da indivisibilidade, unidade e interdependência dos direitos humanos, nos termos da Convenção de Viena de 1993. Essa característica é destacada como um dos motivos inviabilizadores das teorias justificadoras da distinção entre direitos civis e políticos e direitos sociais econômicos e culturais, para não ensejar resistências à justiciabilidade dos direitos sociais, no campo da implementação de políticas públicas (SILVA, 2018).

Na mesma medida, não deve se dar margem a nenhuma interpretação para diferenciar os controles de proteção de direitos humanos, em virtude do aspecto formal de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao Direito brasileiro. O

reconhecimento de natureza formal de um tratado internacional de direitos, para um ou para outro sentido, ao dar guarida a controles distintos de proteção processual dos direitos humanos, atribui maior importância à questão da formalidade do status normativo, em detrimento do conteúdo da norma internacional que é o próprio direito humano.

Não há nenhuma razão para isso. A defesa dessa perspectiva processual implica a violação de muitos preceitos normativos, internos e internacionais, inclusive o princípio *pro homine*, vetor norteador do funcionamento do controle de convencionalidade. A aplicação do princípio *pro homine* é para ampliar os exames de compatibilidade entre as normas internacionais e os tratados internacionais de direitos humanos, dentro de uma perspectiva de transformação e expansão do controle de convencionalidade (RAMOS, 2019).

A cláusula de abertura democrática, prevista no § 2º, do art. 2º, da CRFB/1988, é também um parâmetro hermenêutico ensejador de debate e de abordagem para o enfrentamento desse cenário do controle de convencionalidade no Brasil, moldado a partir do entendimento do STF acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, consoante o rito observado para a incorporação no ordenamento jurídico brasileiro.

A norma inserta no § 2º, do art. 5º, da CRFB/1988, na nossa percepção, tem natureza híbrida, contribuindo como um vetor hermenêutico tanto no campo do direito material, quanto na esfera processual. Quanto à perspectiva de direito material, a cláusula de abertura constitucional contempla premissas de hierarquia e de regras interpretativas de instrumentos internacionais de direitos humanos (PIOVESAN, 2014).

No tocante à esfera do direito processual, verifica-se a existência de um comando impondo o mesmo grau de proteção, no sistema processual interno, para os direitos fundamentais e para os direitos humanos. Isso quer dizer que, como os direitos fundamentais, previstos em normas constitucionais, têm sua proteção garantida por meio do controle de constitucionalidade com dois subsistemas,

difuso e concentrado, os direitos humanos, indistintamente, merecem o mesmo tipo de tratamento e abrangência de proteção processual, ou seja, o controle de convencionalidade deve ser admitido nas duas formas.

Dessa maneira, não haveria problema quanto à tese fixada pelo STF de supralegalidade se os dois subsistemas, difuso e concentrado, pudessem ser utilizados para a proteção dos direitos humanos. Porém, ao se restringir o uso do controle de convencionalidade somente pela via difusa ou de exceção, a cláusula de abertura democrática é violada, pois essa premissa erroneamente segrega os direitos humanos em duas categorias, uma com maior proteção e outra com menor proteção.

Assim, a proposta sugerida de permitir o ajuizamento da ADPF, tendo como parâmetros os tratados internacionais de direitos humanos com natureza de normas supralegais, visa restabelecer a aplicação do preceito da cláusula de abertura constitucional, afastando essa compartimentalização dos direitos humanos com base na natureza das suas normas. Com isso, a despeito da natureza jurídica das normas internacionais de direitos, constitucional ou supralegal, todos os direitos humanos merecem igual proteção.

Outro fundamento de suma importância para a análise da ADPF como instrumento do controle abstrato e concentrado de convencionalidade é o fato de que os tratados internacionais de direitos humanos, com natureza jurídica de normas supralegais, podem ser enquadrados como preceitos fundamentais. A ADPF é um remédio do controle concentrado subsidiário, só sendo cabível quando não for possível o ajuizamento de outra medida do controle abstrato²¹³. Essa subsidiariedade da ADPF visa permitir a proteção de preceitos fundamentais, quando não for possível impugnar a norma ou o ato jurídico com a utilização de ADI e ADC.

A ADI e a ADC são instrumentos do controle abstrato mais restritos do ponto de vista técnico-processual. A propositura dessas

213 Conforme o princípio da subsidiariedade, só se utilizará a ADPF quando não couber nenhum outro instrumento de controle do concentrado e abstrato (MENDES, 2004).

medidas só é possível quando se discute a questão constitucional de forma direta, não podendo existir um ato normativo intermediário entre a constituição e o objeto. Em virtude disso, a ADI e ADC apenas admitem atos normativos primários como seus objetos, ou seja, aqueles que detêm autonomia e vinculação direta com a CRFB/1988 (MENDES, 2004).

A ADPF, por outro lado, é considerada uma medida mais porosa, na medida em que permite atos normativos ou não, como seu objeto. Assim, podem ser objeto²¹⁴ da ADPF atos administrativos concretos, decisões judiciais não transitadas em julgado, leis municipais, leis e atos normativos anteriores à CRFB/1988, entre outros atos do Poder Público (BARROSO, 2019). O propósito dessa porosidade, em nossa percepção, é evitar a violação de preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, quando não se admite o cabimento de ADI e ADC.

Outra situação demonstrativa da porosidade da ADPF é o caso emblemático do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Trata-se de um quadro-realidade de violação sistêmica a direitos humanos e fundamentais, depois de um longo período de inércia de uma pluralidade de autoridades, órgãos e instituições responsáveis pela implementação de um direito social. O objeto do ECI não é um ato do Poder Público e nem uma simples omissão isolada, é uma realidade que é constituída por fatos violadores de direitos essenciais ao ser humano (GONÇALVES, OLIVEIRA e SANTOS, 2018).

Exemplo de ECI é o caso da ADPF 347, a qual tem como objeto o quadro-realidade inconstitucional do sistema carcerário no Brasil. No julgamento da cautelar dessa ação, o STF passou a conduzir medidas, de forma excepcional, como coordenador da política pública do sistema carcerário brasileiro. Trata-se de um verdadeiro litígio estrutural e com implicações relevantes em todos os setores do Poder Público responsável pela atividade carcerária.

214 Não podem ser objeto da ADPF os vetos presidenciais, decisões judiciais transitadas em julgado, normas anteriores à CRFB/1988 frente à Constituição da época (cabe apenas em face da Constituição atual), normas constitucionais originárias e súmulas vinculantes (BARROSO, 2019).

Ora, os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente do enquadramento de sua natureza jurídica, são preceitos fundamentais relevantes para a proteção de direitos sensíveis para o Estado brasileiro, à medida em que impeliu os órgãos republicanos competentes para a celebração desses instrumentos internacionais e posterior incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

A definição de preceito fundamental ainda está em fase de desenvolvimento na jurisprudência do STF (ADPF 1/RJ), pois é um conceito jurídico indeterminado. Com base nisso, deve-se a premissa que as normais supralegais de direitos humanos podem ser perfeitamente reconhecidas como preceitos fundamentais e devem ser protegidas pelos mecanismos de controle de convencionalidade e, na via abstrata, cabe o ajuizamento de ADPF para a sua proteção.

Os preceitos fundamentais podem ser definidos como aqueles inerentes à identidade constitucional do Estado, guardando uma relevância de valores ligados à essência ontológica da Constituição (TAVARES, 2001). Ainda podem ser definidos como os preceitos informadores do sistema constitucional, ou seja, são os vetores norteadores para a defesa das escolhas e manifestações do constituinte originário (BULOS, 2020).

Nessa medida, os tratados internacionais de direitos humanos reconhecidos pelo STF como de natureza supralegal podem ser definidos como preceitos fundamentais, considerando sua pertinência com os valores essenciais do Estado brasileiro, *in casu*, dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/1988), a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, da CRFB/1988) e a própria cláusula de abertura democrática (art. 5º, § 2º, da CRFB/1988).

Então, como visto, as propostas apresentadas neste trabalho acadêmico possuem a finalidade de alcançar uma ampliação do funcionamento dos mecanismos de controle de convencionalidade nos Sistemas Interamericano e interno brasileiro de proteção aos direitos humanos. Não há nenhuma pretensão de esgotamento do assunto nesse momento do debate, uma vez que se espera o surgimento de muitos

questionamentos. Todavia, as sugestões de aprimoramento técnico processual foram embasadas com fundamentos coerentes, racionais e com o devido respeito às premissas teóricas e principiológicas do DIDH.

Entre as indagações, uma vem à tona quanto ao sistema interno, qual seja: Como é possível imaginar a contribuição de se admitir a propositura de ADPF tendo como parâmetros normas internacionais de direitos humanos com natureza de supralegalidade, como mecanismo do controle de convencionalidade, considerando a realidade das políticas legislativas de redução de direitos trabalhistas no Brasil e as decisões do próprio STF não implicando em proteção do Direito do Trabalho?

O escopo de se viabilizar a propositura da ADPF, como instrumento de controle de convencionalidade abstrato, tem como primeiro objetivo corrigir a distorção causada por uma ideia de que a classificação da natureza jurídica da norma internacional de direitos humanos condiciona quais instrumentos de convencionalidade podem ser utilizados para a proteção desses direitos. Neste sentido, retoma-se o respeito à cláusula de abertura democrática do § 2º, do art. 5º, da CRFB/1988.

Em outro aspecto, com a possibilidade de a ADPF ser utilizada tendo como parâmetros normas supralegais, em situações de redução de proteção de direitos, como é o caso da Lei nº 13.467/2017, haverá o encurtamento de caminho para o esgotamento das instâncias internas, possibilitando o redirecionamento da análise do controle de convencionalidade em tese para o Sistema Interamericano, enquanto não se admite o conhecimento da sistemática de petições individuais para apreciar diretamente o controle de convencionalidade *in abstracto*.

Ademais, os tratados internacionais do Sistema Interamericano, com seu órgão de monitoramento com competência jurisdicional contenciosa, possuem natureza de normas supralegais, de acordo com a classificação da posição adotada pelo STF. Com isso, ao se defender a ADPF como instrumento de controle abstrato para o processo de convencionalidade, está se oportunizando a utilização,

como parâmetros de convencionalidade, das normas internacionais do Sistema Interamericano para contrastar e paralisar a eficácia das medidas legislativas retrocessivas no processo de afirmação de direitos.

Já a permissão de utilização do mecanismo de monitoramento das petições individuais como instrumento de controle de convencionalidade para apreciar diretamente, sem depender de um caso concreto de violação de direitos humanos, a convencionalidade de normas internas, com base nos tratados internacionais de direitos humanos do sistema regional americano, contribuirá decisivamente para proteger os direitos contra políticas legislativas redutoras de direitos fundamentais e decorrente do fenômeno do efeito *backlash*, como já verificado neste estudo acadêmico.

Nesse ponto, será realizado um exame sucinto de quais tratados internacionais de direitos humanos foram desrespeitados e violados pela Lei nº 13.467/2013, com relação a dois temas metodologicamente selecionados. Por questões didáticas, o cotejo será feito com base no levantamento de qualquer normal internacional de direitos humanos incorporada ao direito brasileiro referente ao sistema global, especialmente às convenções da OIT, e ao sistema regional americano, tendo como pontos de avaliação os temas da terceirização e do negociado sobre o legislado.

Retomando o tema da terceirização, surge a questão da importância de garantir um tratamento igualitário para trabalhadores terceirizados. Isso serve para evitar que o processo de terceirização contribua para a deterioração das condições laborais no Brasil. A terceirização, sem mecanismos jurídicos que garantam uma remuneração justa, pode servir como um instrumento de discriminação e degradação do valor da mão de obra, reduzindo drasticamente o padrão civilizatório já modesto alcançado no mercado de trabalho nacional (DELGADO, 2020).

Nesse contexto, ao expandir as opções legais para a terceirização, inclusive para as atividades-fim das empresas, e ao permitir que os trabalhadores terceirizados recebam remuneração e

benefícios menores do que os garantidos aos empregados diretos dos contratantes, a Lei nº 6.019/1974, modificada pela Lei nº 13.467/2017, viola os princípios de igualdade formal e material contidos nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, incentivando a discriminação com base na situação econômica.

No plano do Sistema Global de proteção dos direitos humanos, são violados, no nosso sentir, o art. 26, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966²¹⁵, da ONU, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226/1991 e promulgado pelo Decreto nº 592/1992. Esse dispositivo da norma internacional em destaque proíbe qualquer tipo de discriminação, inclusive por condição econômica.

No tocante à discriminação e à desigualdade salarial, também são infringidos os artigos 2º, item 2; 5º, item 1; e 7º, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966²¹⁶, da ONU, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226/1991 e promulgado pelo Decreto nº 591/1992.

215 O art. 26, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, tem o seguinte teor: “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

216 Seguem os dispositivos do PIDESC:

Artigo 2º [...] 2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.
[...]

Artigo 5º. 1. Nenhuma das disposições 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 de 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.
[...]

Artigo 7º. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:
a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:
i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de

No tocante às normas internacionais aprovadas no âmbito da OIT, as quais estão inseridas no Sistema Global, aqui merecem um destaque especial por causa do objeto de estudo ser a Lei da Reforma Trabalhista. De início, a Constituição da OIT proíbe expressamente que o trabalho seja tratado como mercadoria, nos termos do art. 1º, “a”, da Declaração de Filadélfia, de 1944 (incorporada à Constituição da OIT).

A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 também foi atingida pela terceirização sem limites no Brasil, pois enfatiza, entre as suas diretrizes, “a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” (art. 2, alínea “d”). A Convenção nº 111, que é uma das fundamentais da OIT e trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104/1964 e promulgada pelo Decreto nº 62.150/1968, teve os seus artigos 1º, item 1, alínea “b”; 2º; e 3º, alínea “c”²¹⁷ diretamente infringidos pela Reforma Trabalhista brasileira.

trabalho não inferiores às dos homens e receber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

- ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;
- b) A segurança e a higiene no trabalho;
- c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;
- d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

217 São os dispositivos citados da Convenção nº 111, da OIT:

Art. 1 – 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Art. 2 – Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade

No Sistema Interamericano, o art. 1º, da CADH, é violado por proibir qualquer forma de discriminação por condição econômica ou social. O art. 24, ao proteger a igualdade sem qualquer discriminação, é atacado pela viabilização da terceirização sem limites na Reforma Trabalhista de 2017, no Estado brasileiro.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), de 1988, da OEA, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 56/1995 e promulgado pelo Decreto nº 3.321/1999, na mesma direção, tem alguns dispositivos atingidos por causa da edição da Lei nº 13.467/2017. Os artigos 3º, 4º e 5º, do Pacto Adicional à CADH, têm a mesma dimensão de proteção da igualdade sem preconceito de posição econômica ou condição social.

Outrossim, há situações específicas de inconveniências quanto ao Protocolo Adicional em apreço. Com a terceirização sem freios, o seu dispositivo do art. 7º, alínea “a”, o qual impõe o direito ao trabalho com condições justas, equitativas e satisfatórias e remuneração para uma vida digna e igual para trabalho igual sem discriminação, é violado frontalmente. No que tange à saúde, segurança e higiene no trabalho, a terceirização implica em problemas quanto à jornada de trabalho (DELGADO, 2020), o que implica na violação aos itens “e”, “g” e “h”, do Protocolo Adicional à CADH²¹⁸.

de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Art. 3 – Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais:

[...]

c) revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política.

218 Seguem os dispositivos do Protocolo Adicional à CADH:

Artigo 7. Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:

[...]

e. Segurança e higiene no trabalho;

[...]

Diversas outras inconveniências podem ser apontadas sobre a terceirização sem limites na forma estabelecida trazida ao Direito brasileiro pela Lei nº 13.467/2017, especialmente no campo da saúde e segurança do trabalho, porém, por questões metodológicas, será analisada outra modificação trazida pela Reforma Trabalhista e as respectivas implicações de violações de tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao sistema interno brasileiro.

O segundo tema a ser aferido é o do negociado sobre o legislado, nos termos do art. 611-A, da CLT, acrescentado pela Lei nº 13.467/2013. O tratamento legal dado pela Reforma Trabalhista à negociação coletiva na legislação brasileira, do ponto de vista da alteração formulada, muda bastante. Agora, busca-se tornar possível a prevalência da negociação coletiva sobre a lei, ainda que com o claro objetivo de reduzir direitos. A lista trazida pelo dispositivo legal citado pretende ser exemplificativa, pois o seu *caput* já anuncia que aqueles seriam apenas alguns, a respeito dos quais a convenção ou acordo prevaleceria sobre a lei.

Como o escopo das negociações coletivas é a obtenção de melhoria das condições de trabalho, a Reforma Trabalhista, ao institucionalizar o negociado sobre o legislado, descumpre os preceitos da Convenções 98 e 154, da OIT, as quais tratam de liberdade sindical e negociação coletiva. Essa conclusão decorre da forma como são interpretadas as normas internacionais em destaque pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT. Esse organismo internacional determina que a negociação coletiva é uma via para melhorar as condições de vida dos trabalhadores²¹⁹.

g. Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;

h. Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais.

219 Segue o entendimento do Comitê de Liberdade Sindical: “881. *The right to bargain freely with employers with respect to conditions of work constitutes an essential element in freedom of association, and trade unions should have the right, through collective bargaining or other lawful means, to seek to improve the living and working conditions of those whom the trade unions represent. The public authorities should refrain from any interference*

Quanto ao Sistema Interamericano, o negociado sobre o legislado também pode ser impugnado, mas necessita, para esse mister, uma construção hermenêutica mais acurada, mediante uma interpretação sistêmica da CADH e seu Protocolo Adicional. Como o propósito no trabalho é contextualizar as inconveniências da Lei nº 13.467/2017 com relação aos procedimentos de convencionalidade do Sistema Interamericano e do sistema interno brasileiro, será considerado apenas circunstancialmente que os dispositivos da Reforma Trabalhista do negociado sobre o legislado não violam diretamente a CADH e seu Protocolo Adicional.

Considerando as análises acima e os destaques das inconveniências da Lei nº 13.467/2017, com relação aos temas da terceirização e do negociado sobre o legislado, os sistemas Interamericano e interno de proteção aos direitos humanos podem ser instados pelo controle abstrato de convencionalidade, conforme as propostas de aprimoramento sugeridas.

Notocante ao petição individual, as alterações legislativas relativas à terceirização sem limites podem ser impugnadas com base nos parâmetros de convencionalidade atinentes à CADH e ao Protocolo Adicional à CADH. No sistema interno brasileiro, por sua vez, além da impugnação pela via difusa em relação a casos concretos, a ADPF pode ser proposta para impugnar os preceitos da Lei nº 13.467/2017 sobre a terceirização, tendo como parâmetros de convencionalidade os tratados do Sistema Interamericano e as normas internacionais do sistema global, principalmente da OIT.

Retomando a consideração metodológica de que a Lei da Reforma Trabalhista, quanto ao negociado sobre o legislado, circunstancialmente tenha infringido somente as convenções da OIT,

which would restrict this right or impede the lawful exercise thereof. Any such interference would appear to infringe the principle that workers' and employers' organizations should have the right to organize their activities and to formulate their programmes" (Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Disponível em: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf).

nessa hipótese, somente o controle de convencionalidade no sistema jurídico brasileiro pode ser acionado, seja pela via difusa, seja pela ADPF por via abstrata e concentrada no STF. Diante disso, constata-se a relevância da necessidade do aprimoramento de ambos os sistemas de proteção de direitos humanos, Interamericano e brasileiro, dada a relação de complementaridade entre eles.

Vê-se, assim, que os tratados internacionais de direitos humanos são instrumentos importantes no processo de construção de um patamar mínimo civilizatório de respeito aos direitos humanos e, mediante o controle de convencionalidade nos planos internacional e interno, atuam na proteção dos direitos como camadas multiníveis. Os mecanismos convencionais podem viabilizar uma reação contra políticas legislativas de desestruturação do arcabouço protetivo de direitos humanos.

Assim, o controle de convencionalidade é uma ferramenta jurídica essencial para verificar a compatibilidade entre as normas internas e os tratados internacionais dos quais um Estado é parte (PIOVESAN, 2014). O mecanismo ganha especial relevância no contexto do Estado Constitucional Cooperativo, no qual a interação entre normas e jurisdições se torna crucial para a realização dos direitos fundamentais e da justiça social (MALISKA, 2021).

Nesse cenário, os diálogos jurisdicionais entre cortes nacionais e internacionais se tornam uma prática cada vez mais comum (MALISKA, 2021). Essa interlocução é fundamental para alinhar os entendimentos e garantir uma interpretação harmoniosa das normas, especialmente no tocante aos direitos humanos. Os diálogos jurisdicionais, portanto, funcionam como uma espécie de mecanismo de via de mão dupla, contribuindo para o aperfeiçoamento tanto do Direito Internacional, quanto do Direito interno.

A cláusula de abertura democrática prevista no art. 5º, § 2º, da CRFB/1988, serve como um instrumento facilitador dos diálogos jurisdicionais, permitindo a incorporação de normas e princípios internacionalmente reconhecidos no ordenamento jurídico interno (MALISKA, 2021). Essa cláusula é a porta de entrada para a

inclusão de tratados internacionais de direitos humanos no bloco de constitucionalidade ou de convencionalidade.

O impacto transformador desses mecanismos é notável. Por meio do controle de convencionalidade e dos diálogos jurisdicionais, é possível promover mudanças significativas no cenário legal e social. As Cortes se tornam agentes ativos na promoção de direitos, contribuindo para uma sociedade mais justa e igualitária (PIOVESAN, 2014).

O Estado Constitucional Cooperativo emerge como uma evolução na compreensão do Estado e do Direito, situando os direitos humanos como um princípio reitor tanto dentro, quanto fora das fronteiras nacionais (HÄBERLE, 2007). Nesse paradigma, a jurisdição constitucional é convidada a desempenhar um papel muito mais abrangente do que o tradicionalmente concebido.

Então, o Estado Constitucional Cooperativo não é mais um ente que age unicamente através de mecanismos legais domésticos, mas também participa de uma teia de normatividade em plano internacional. A distinção entre “direito legislado” e “direito jurisprudencial” se torna cada vez menos nítida, na medida em que os tribunais constitucionais passam a atuar também no contexto mais amplo de diálogos jurisdicionais (MALISKA, 2021).

A partir das cláusulas de abertura democrática, ocorrendo uma ampliação da proteção dos direitos humanos e fundamentais para as instâncias internacionais, não se pode aceitar que parte dos direitos sejam acionáveis por um controle de convencionalidade mais amplo e fortalecido e a outra parte por mecanismos convencionais mais restritos. É incoerente segregar direitos judicializáveis nas Cortes, dos que não podem ser sindicalizados nas instâncias jurisdicionais, internas ou internacionais (DWORKIN, 2001).

Nesse cenário, a produção normativa do Estado acontece de maneira compartilhada. Isso implica que o Direito não é apenas um produto do Estado-Nação, mas também emerge de processos cooperativos que transcendem fronteiras nacionais. Os tribunais constitucionais, nesse arranjo, têm um papel vital de mediadores

em um campo jurídico ampliado, abrangendo tanto o ordenamento doméstico, quanto as normativas internacionais e supraestatais.

Isso conduz ao conceito de pluralismo da ordem constitucional nacional (HÄBERLE, 2007), que considera não apenas as normativas estatais, mas também as emanadas de organismos internacionais e de outras fontes como pertinentes e aplicáveis na proteção dos direitos humanos.

O Estado Constitucional Cooperativo é transformador por sua natureza, no sentido de que amplia o espectro de onde emanam os direitos e deveres e propõe uma forma de governança que está mais alinhada à interdependência global atual. Consequentemente, observa-se um impacto transformador em várias esferas do Direito, principalmente no que tange à implementação e proteção dos direitos humanos.

Nessa linha, o Estado Constitucional Cooperativo serve como uma espécie de cláusula de abertura democrática, possibilitando a incorporação e aplicação de uma gama mais ampla de direitos e princípios fundamentais que são frutos da cooperação internacional. Ao fazê-lo, torna-se um veículo para a realização dos ideais de justiça, igualdade e dignidade humana em uma escala verdadeiramente global (HÄBERLE, 2007).

Dessa forma, o Estado Constitucional Cooperativo representa uma nova etapa no desenvolvimento do Estado de Direito, requerendo um repensar do papel da jurisdição constitucional neste cenário mais complexo e interconectado (MALISKA, 2021).

Por todo o exposto, o controle de convencionalidade, os diálogos jurisdicionais, a cláusula de abertura democrática e o Estado Constitucional Cooperativo são elementos interconectados que, quando utilizados de forma articulada, têm o potencial de gerar impactos transformadores na proteção e promoção dos direitos humanos.

O Estado Constitucional Cooperativo, com base na cláusula de abertura democrática, deve encontrar nos mecanismos de controle de convencionalidade, quando sistematicamente estiverem ocorrendo

movimentos estatais legislativos ou até judiciais de desconstrução ou de redução do arcabouço normativo de proteção de direitos humanos e fundamentais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fortalecimento do controle abstrato de convencionalidade, nos sistemas internacional e interno, viabilizará a reação convencional contra o efeito *backlash*, quando operado e instrumentalizado pelo Poder Legislativo comprometido com políticas de desconstrução do processo de afirmação de direitos humanos e fundamentais. A atividade de interpretar a CRFB/1988 e os direitos nela previstos é aberta. Com isso, nenhuma instituição tem o direito de interpretar as normas constitucionais estabelecendo a última palavra, pois o Direito não pode ser petrificado ou fossilizado.

O papel da Corte Constitucional e dos demais órgãos jurisdicionais de fixar teses e precedentes na aplicação de princípios e regras jurídicas, no exercício da jurisdição constitucional, tem contribuído para suprir as omissões e falhas dos poderes Executivo e Legislativo quanto à afirmação de direitos humanos e fundamentais em muitos temas sensíveis para a sociedade, a exemplo da união estável homoafetiva, da realização de políticas públicas e do enquadramento da homofobia e da transfobia como crimes tipificados na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989).

Ao exercer a jurisdição constitucional, o Poder Judiciário deve viabilizar a fruição dos bens jurídicos protegidos pela CRFB/1988, atuando como o garantidor da sistemática jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. Contudo, a concretização da relevante função judicial não pode impossibilitar o poder-dever do Poder Legislativo de interpretar a CRFB/1988, reagindo às decisões e teses judiciais, especialmente do STF. O garantismo judicial também não está indene de erros e de atividades hermenêuticas ocasionadoras de desproteção ou desconstrução dos direitos humanos.

Nessa toada, foi imprescindível percorrer um caminho para demonstrar a importância do controle de convencionalidade, com seu papel transformador, contribuindo como mecanismo de defesa dos direitos humanos, para reagir às políticas legislativas retrocessivas e desconstrutivas tais direitos, quando os procedimentos de controle

de constitucionalidade não forem suficientes para não permitir o retrocesso social e/ou estiverem direcionados para o fomento de políticas de redução de direitos, principalmente atendendo uma agenda de erosão constitucional.

Com base na trajetória mencionada acima, a tese foi estruturada em três capítulos. No primeiro capítulo, houve uma apresentação da dinâmica e da disputa de espaços pela tarefa da capacidade de dizer o Direito entre as funções judicial e legislativa. Esse cenário, apesar de compartimentado em duas frentes, de movimentos, atividades e ações antagônicos, como resultados dos exercícios das duas funções, traz à discussão a realização dos diálogos institucionais como parâmetro norteador e de convergência para a interpretação da Constituição e da aplicação e realização de direito fundamentais.

Como resultado da dinâmica da expansão da jurisdição constitucional, ao permitir o protagonismo do Poder Judiciário na interpretação da Constituição e sua postura ativa, verificou-se a afirmação e o exercício de direitos constitucionais, outrora inviabilizados pelas omissões e erros dos demais poderes. Alguns *leading cases* foram destacados, como o direito de greve do servidor público, o estado de coisas inconstitucional, a união estável homoafetiva e a criminalização da homofobia e a transfobia como crime de racismo.

As resistências ao Poder Judiciário redundaram em reações de segmentos da sociedade civil e da respectiva representação parlamentar, por meio do fenômeno da reação legislativa à jurisprudência ou efeito *backlash*. O argumento de impugnação da tese contramajoritária, ou seja, como a formação da composição do Poder Judiciário se dá por membros não eleitos pelo povo, baliza a reação legislativa às posições judiciais, chegando ao ponto de ser iniciada uma proposta de alteração da CRFB/1988 (PEC nº 50/2023) para permitir que o Congresso Nacional anule as decisões do STF.

O direcionamento constatado, no primeiro capítulo, foi de buscar a afirmação de uma teoria da Constituição centrada na afirmação de direitos humanos e fundamentais. Nessa perspectiva, o ativismo

judicial, a autocontenção judicial, a reação legislativa às decisões judiciais e os diálogos institucionais devem estar direcionados para o reconhecimento da força normativa da Constituição e para a constante construção do Estado Democrático de Direito.

Ante o exposto, quando qualquer dos fenômenos acima for veiculado para desconstruir o sistema de jurisdição constitucional, a interação entre eles deve resultar em controles recíprocos das funções estatais para encontrar medida corretiva e garantidora da proteção de direitos fundamentais, não podendo se permitir a promoção de políticas retrocessivas ou redutoras do processo de afirmação e construção dos direitos humanos e fundamentais.

O segundo capítulo, com base na análise da Lei nº 13.467/2017, apresentou a realidade da desestruturação do arranjo protetivo dos direitos trabalhistas no Estado brasileiro. Como fruto dessa política legislativa de reversão jurisprudencial, a Reforma Trabalhista foi editada para atender aos objetivos de perseguição de lucros do mercado e trouxe regras diminuidoras e desregulamentadoras de direitos trabalhistas consagrados historicamente no ordenamento jurídico brasileiro, após um longo e dificultoso processo de construção e afirmação de conquistas em prol da classe trabalhadora.

No entanto, a expectativa era imaginar a jurisdição constitucional, capitaneada pelo STF, agindo em prol da proteção dos direitos dos trabalhadores vulneráveis e contra a reação legislativa corrosiva de direitos fundamentais. Na verdade, não é o que vem acontecendo, pois a Corte Constitucional vem se posicionando em favor do capital e, somando-se ao efeito *backlash*, está operando uma desestruturação sistemática do Direito do Trabalho e agravando a vulnerabilidade presente na realidade dos trabalhadores.

Com a transformação ocasionada pelo efeito *backlash* à jurisdição trabalhista e pelo STF, como instrumento da política dos interesses do capital, há o risco de se transmudarem os objetivos do Estado brasileiro, de forma a não mais garantir os direitos sociais consagrados na CRFB/1988, para o qual se constatou a necessidade de se encontrar mecanismos aptos a frear a erosão do Direito do Trabalho e evitar a

diluição do caráter social do Estado Democrático de Direito, o qual está sendo moldado decisivamente pelo capital e não pode estar a serviço exclusivamente dos interesses econômicos do empresariado.

No terceiro e último capítulo, o impacto transformador dos mecanismos de controle de convencionalidade é defendido como de suma importância para enfrentar movimentos de redução e desestruturação da proteção dos direitos humanos e fundamentais. Com o controle de convencionalidade, os diálogos jurisdicionais entre instâncias internacionais e nacionais permitem o fortalecimento e aprimoramento dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e as Cortes se tornam agentes ativos na promoção de direitos, contribuindo para uma sociedade mais justa e igualitária.

Com o propósito de contribuir com os diálogos jurisdicionais, aprimoramentos são propostos para o controle de convencionalidade, visando expandir seu grau de incidência e intensidade na proteção dos direitos humanos. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, a qual deve ser chamada de força convencional, para distinguir da força normativa da Constituição, cumprem uma importante função de defesa do Estado Constitucional Cooperativo, contribuindo para a construção de uma teoria de reação convencional às políticas legislativas retrocessivas na proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Existe todo um balizamento teórico-argumentativo para permitir o uso da sistemática de petições individuais no Sistema Interamericano como controle de convencionalidade abstrato, não tendo necessidade de estar atrelado a um caso concreto e nem preencher o pressuposto de admissibilidade de esgotamento das instâncias internas de proteção de direitos fundamentais. Outra medida sugerida para a expansão do controle de convencionalidade é a possibilidade de propositura de ADPF para a proteção de direitos humanos, tendo como parâmetros as normas internacionais de direitos humanos.

As propostas de aprimoramento do controle de convencionalidade nos sistemas Interamericano e interno estão condizentes com a teoria dos diálogos jurisdicionais, por meio da qual os mecanismos

de proteção dos direitos humanos devem funcionar como uma via de mão dupla, contribuindo para o aperfeiçoamento e fortalecimento dos direitos humanos, tanto do Direito Internacional, quanto do Direito interno.

Os diálogos jurisdicionais ocorrem por meio das cláusulas de abertura nas constituições nacionais. No Brasil, há a cláusula de abertura democrática prevista no art. 5º, § 2º, da CRFB/1988, a qual serve como um instrumento facilitador dos diálogos jurisdicionais, permitindo a incorporação de normas e princípios internacionais reconhecidos no ordenamento jurídico interno.

O impacto transformador dos controles de convencionalidade permite fixar limites éticos às atividades estatais, quando estiverem atuando para reduzir a proteção dos direitos humanos e fundamentais. Esses limites foram delimitados pelo próprio Estado que, no exercício da sua soberania, celebrou e incorporou os tratados internacionais de direitos e todos os seus mecanismos de monitoramento.

Então, como resultado dos impactos e das transformações decorrentes das normas internacionais de direitos humanos, o controle de convencionalidade e os diálogos jurisdicionais devem incidir nos casos e situações de desestruturação do processo de afirmação de direitos humanos, para proteger e defender o modelo estatal determinado pela teoria do Estado Constitucional Cooperativo e, com isso, não permitir a desconstrução de toda a sistemática de proteção de direitos humanos e fundamentais.

5. REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Direitos sociais são exigíveis. Tradução: Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ADASCALITEI, Dragos; MORANO, Clemente Pignatti. Labour market reforms since the crisis: drives and consequences. Genebra: OIT, 2015.

ALVES, José Augusto Lindgren. Os direitos humanos como tema global. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ANTUNES, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2010.

ANTUNES, Daniela Muradas; COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Supressão do pagamento de horas in itinere por negociação coletiva (RE 895.759): ofensa ao Direito Constitucional do Trabalho. In: DUTRA, Renata; MACHADO, Sidnei (Orgs.). O Supremo e a Reforma Trabalhista: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Editora Fi, 2021, p. 251-277.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. Harvard Law Review Association. Boston: Harvard Law Review Association, v. 110, 1997, p. 1359-1387.

ATRIA, Fernando. ¿Existen derechos sociales?. Discusiones, v. 4, p. 15-59, 2004.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. A Justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça: em busca da proteção

efetiva do sujeito trabalhador na contemporaneidade. São Paulo: LTr, 2017.

BARCELOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: Sampaio, Marcos. O conteúdo essencial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista De Direito Administrativo*, 240, 83–105, Abr./Jun. 2005. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>. Acesso em: 26 jul 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção: perfil doutrinário e evolução jurisprudencial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 191, p. 1-13, jan./mar. 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45637/47410>. Acesso em: 13 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2010. E-book.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista De Direito Administrativo*, v. 240, 1–42, Abr./Jun. 2005. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Acesso em: 17 jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BELO, Eliseu Antônio da Silva. A abstrativização do controle difuso já é uma realidade no STF?. *Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-eliseu-silva-integra.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BENTES, Dorinethe dos Santos; BRAGA, Luísa Maria Rocha Miranda; JUSTINIANO, Jeibson dos Santos. Efeito Backlash e o ativismo congressual. In: ARAÚJO; Marina das Graças de Paula; BENTES, Dorinethe dos Santos; FABIO, Gabrielle Stoco. Temas Contemporâneos de Direito – Uma contribuição à pesquisa jurídica da Universidade Federal do Amazonas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018, p. 63-88.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p71.pdf. Acesso em: 20 mar. de 2023.

BEZERRA, Pedro Henrique Araújo de Alvarenga; MARIN, Eriberto Francisco Bevilaqua. Mandado de injunção e sentimento constitucional. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 219, p. 53-73, jul./set. 2018. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p53. Acesso em: 5 set 2022.

BICKEL, Alexander M. A Ética do Consentimento. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Agir, 1978.

BICKEL, Alexander M. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. 2^a ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Metodologia da Pesquisa Jurídica. Saraiva: São Paulo, 2017.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 31^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243411>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 48. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Roberto Barroso. 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752690041>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610258>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. 15 de dezembro de 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. 29 de abril de

1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347341>. Acesso em: 9 jul. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.010. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso Mello. 30 de setembro de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 3 de maio de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=466214>. Acesso em: 25 de agosto de 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.727. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 3 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/publicacaotematica/vertema.asp?lei=5235>. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Menezes. Direito. 16 de maio de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629993>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797-5. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Cezar Peluso. 29 de outubro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387219>. Acesso em: 4 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. 26 de setembro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia. 18 de agosto de

2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.112. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 2 de maio de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.128. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 18 de agosto de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363314>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.138. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 14 de setembro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730536>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.345. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. 25 de agosto de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613536&pgI=21&pgF=25>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.406. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. 15 de agosto de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1730536>. Acesso em: 23 set. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 17 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 31 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. 29 de novembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. 26 de setembro de 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2367564>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 14 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>. Acesso em: 1 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ayres Brito. 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em: 7 jul. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. 6 de outubro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 8 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 de março de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4552286>. Acesso em: 18 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. 15 de março de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>. Acesso em: 17 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.728. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901>. Acesso em: 27 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766. 7 de agosto de 2022. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.794. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. 29 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.490. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 21 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759346663>. Acesso em: 7 ago. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.470. Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Rosa Weber. 29 de novembro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 29 ago. 2023.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Néri da Silveira. 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=348389>. Acesso em: 3 jun. 2023.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5264763>. Acesso em: 3 jun. 2023.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Supremo Tribunal Federal. 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2023.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ayres Brito. 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 9 jun. 2023.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 28 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. 9 de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 523. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Rosa Weber. 11 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. 6 de agosto de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/>

paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506. Acesso em: 28 jul. 2023.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ayres Brito. 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931&ori=1>. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 5.083. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 7 de março de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4516931>. Acesso em: 15 ago. 2023.

BRASIL. Embargos de Declaração no Agravo do Instrumento 598.212. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. 25 de março de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 jul 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 6 ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/>

emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1993/emendaconstitucional-3-17-marco-1993-354966-norma-pl.html>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1970-1979/emendaconstitucional-7-13-abril-1977-373592-norma-pl.html>. Acesso em: 6 ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=725531. Acesso em: 6 ago. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 27, de 21 de março de 2000. Acrescenta o art. 76 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo a desvinculação de arrecadação de impostos e contribuições sociais da União. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2000/emendaconstitucional-27-21-marco-2000-373981-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível

em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=464111. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2003/emendaconstitucional-42-19-dezembro-2003-497205-norma-pl.html>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicaodemotivos-149264-pl.html>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 56, de 20 de dezembro de 2007. Prorroga o prazo previsto no caput do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2007/emendaconstitucional-56-20-dezembro-2007-567249-norma-pl.html>. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 68, de 21 de dezembro de 2011. Altera o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2011/>

emendaconstitucional-68-21-dezembro-2011-612061-norma-pl.html. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012. Acrescenta art. 6º-A à Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc70.htm. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2015/emendaconstitucional-88-7-maio-2015-780696-norma-pl.html>. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 93, de 8 de setembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para prorrogar a desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2016/emendaconstitucional-93-8-setembro-2016-783591-norma-pl.html>. Acesso em: 8 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 96, de 6 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2017/emendaconstitucional-96-6-junho-2017-785026-norma-pl.html>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022. Altera a Constituição Federal, para dispor sobre as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária, e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para excluir despesas dos limites previstos no art. 107; define regras para a transição da Presidência da República aplicáveis à Lei Orçamentária de 2023; e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2022/emendaconstitucional-126-21-dezembro-2022-793528-norma-pl.html>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 29, 20 de Fevereiro de 2019. Autor: Paulo Roberto Nunes Guedes. Brasília: Ministério da Economia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/REFORMA%202019/ME/2019/00029.htm. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7102.htm. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.htm. Acesso em: 17 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 19 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 15 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 25 jul 2023.

BRASIL. Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110628.htm. Acesso em: 27 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 28 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.886, de 17 de junho de 2004. Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de

1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado “Violência Doméstica”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.886.htm. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como Prática Desportiva e Cultural no Estado do Ceará. Disponível em: <https://belt.al.ce.gov.br/index.php/legislacao-do-ceara/organizacao-tematica/cultura-e-esportes/item/2582-lei-n-15-299-de-08-01-13-d-o-15-01-13>. Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 jul. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.300, de 26 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm. Acesso em: 26 jul 2022.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 24 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. Mandado de Injunção nº 107. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Moreira Alves. 23 de novembro de 1989. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Mandado de Injunção nº 4.733. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Mandado de Injunção nº 670. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Mauricio Corrêa. 31 de outubro de 2008a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Mandado de Injunção nº 708. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 31 de outubro de 2008b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Mandado de Injunção nº 712. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Eros Grau. 31 de outubro de 2008c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Mandado de Segurança nº 37.760. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 14 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1262109149/inteiro-teor-1262109160>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Projeto de Decreto Legislativo nº 495/2011. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/NdProposicao-525428>. Acesso em: 4 out. 2022.

BRASIL. Projeto de Lei nº 580, de 27 de março de 2007. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/346155>. Acesso em: 2 out. 2023.

BRASIL. Projeto de Lei 6.583, de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em: 5 de out. 2023.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 33, de 25 de maio de 2011. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Autor: Nazareno Fonteles - PT/PI. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>. Acesso em: 2 ago. 2023.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 6, de 20 de fevereiro de 2019. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. Autor: Poder Executivo. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 135, de 13 de setembro de 2019. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 135/19 estabelece que, no processo de votação e apuração das eleições, dos plebiscitos e dos referendos, independentemente do meio empregado para o registro do voto, é obrigatória a expedição de cédulas físicas conferíveis pelo eleitor. Autor: Bia Kicis PSL/DF. Brasília: Câmara dos

Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2220292>. Acesso em: 2 set. 2023.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº 50, de 27 de setembro de 2023. Altera o art. 49 da Constituição Federal para estabelecer competência ao Congresso Nacional para sustar, por maioria qualificada dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado, que extrapole os limites constitucionais. Autores: Domingos Sávio - PL/MG , Gustavo Gayer - PL/GO , Lucio Mosquini - MDB/RO e outros. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2391567>. Acesso em: 8 out. 2023.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 635.659. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 349.703. Relator: Ministro Carlos Brito. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 590.415. Relator: Ministro Roberto Barroso. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 895.759. Relator: Ministro Teori Zavascki. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12923110>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>. Acesso em: 22 mar. 2019.

BRASIL. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 1.018.459. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12540767>. Acesso em: 11 set. 2023.

BRASIL. Súmula nº 394. Supremo Tribunal Federal. 8 de maio de 1964. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula394/false>. Acesso em: 16 out. 2023.

BÜHRING, Marcia Andrea. Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão.

Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan./jun. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação a força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Derechos fundamentales-derechos humanos.¿ Una distinción válida en el siglo XXI?. Boletín mexicano de derecho comparado, v. 43, n. 127, p. 15-71, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?. Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, André Roncaglia; PINTO, Élica Graziane; XIMENES, Salomão Barros. A Educação como Investimento Público: Necessidade Política, Debate Econômico e Proposições Institucionais. Archivos Analíticos de Políticas Educativa / Education Policy Analysis Archives, v. 30, p. 1-23, 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição Mexicana de 1917. Portal DHNet - Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>. Acesso em: 27 jul. 2022.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. Justiça Política do Capital: A desconstrução do Direito do Trabalho por meio de decisões judiciais. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2021.

CORTE IDH. Case of Caballero-Delgado and Santana vs. Colombia. Judgment of December 8, 1995. Disponível em: <https://www.>

[corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_ing.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_ing.pdf). Acesso em: 12 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

CORTE IDH. Caso de los Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (Niños de la Calle). Sentencia de 11 de septiembre de 1997. Disponível em: <https://summa.cejil.org/api/files/13443.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentença de 12 de novembro de 1997. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_por.doc. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_72_esp.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Olmedo Bustos e otros vs. Chile (A Última Tentação de Cristo). Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/f30eb7942e6ea-89e4d2ec4ca870784d3.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_98_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

CORTE IDH. Case of Myrna Mack Chang v. Guatemala. Judgment of November 25, 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_ing.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/357a11f7d371f11cba840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.doc. Acesso em: 12 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_171_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Sentencia de 27 de enero de 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível

em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Case of Cabrera García and Montiel Flores vs. Mexico. Judgment of November 26, 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_ing.pdf. Acesso em: 10 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de 24 de Febrero de 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 26 abr. 2018.

CORTE IDH. Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil. Sentença de 4 de março de 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/trab_hacienda_brasil_verde_br/sometim_port.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

CORTE IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Resumen Oficial Emitido por la Corte Interamericana a Sentencia de 31 de agosto de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_340_esp.pdf. Acesso em: 18 maio 2018.

CORTE IDH. Caso Herzog y Otros vs. Brasil. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf. Acesso em: 12 jul. 2018.

CORTE IDH. Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil. Sentença de 15 de Julho de

2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_407_por.pdf. Acesso em: 12 out. 2023.

COSTA, Luciana da Silva. A revisitação da separação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. São Paulo: USP, 2004.

CRUZ, Júlia Cunha; PIOVESAN, Flávia. Curso de Direitos Humanos: Sistema Interamericano. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma breve exploração. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 24, ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 19^a ed. São Paulo: LTr, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4^a ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Bem-Estar Social no Século XXI. 2 ed. São Paulo: LTr, 2018.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard university Press, 1978.

DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. Casos Constitucionais. In: DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica: Gildo Sá Leitão Rios. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica: Alberto Alonso Muñoz. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. Law as Interpretation. In: KAVANAGH, Aileen; OBERDIEK, John (Ed.). Arguing about law. London and New York: Routledge, 2009.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. The choices justices make. Washington, D.C.: CQ Press, 1998.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. The Constitution of The United States of America. Massachusetts: Applewood Books, 1995.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento socioeconômico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERNANDES, Bernardo Golçalves. Curso de Direito Constitucional. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FENSTRSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo Wolfgang. Direito constitucional ecológico: Constituição, direitos fundamentais e proteção da Natureza. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 121-197, 2020

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder constituinte, 4ª edição, São Paulo - Saraiva, 2005.

FGV. Estudo da imagem do Poder Judiciário. Coordenação Técnica: Professor Antonio Lavareda. Fundação Getúlio Vargas, 2019. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudo_da_imagem_do_judiciario_brasileiro.pdf. Acesso em: 18 set. 2023.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. As promessas da Reforma Trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. In: FILGUEIRAS, Vitor Araújo; KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras (Orgs.). Reforma Trabalhista no Brasil: Promessas e Realidade. Campinas: Curt Nimuendajú, p. 13-52, 2019.

FISHER, Louis. Constitutional dialogues-interpretation as political process. Princeton: Princeton University Press, 1988.

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. O papel dos magistrados brasileiros na jurisdição constitucional a partir da Constituição de 1988: reflexões sobre os multifacetados vetores da jurisdição constitucional. 2021. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-26092022-093938/pt-br.php>. Acesso em: 12 out 2022.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018.

GONÇALVES, Vinícius Araújo; OLIVEIRA, João Rezende de Almeida; SANTOS, Júlio Edstron.. A aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: um olhar sobre as possibilidades e dificuldades da utilização dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, v.

12, n. 38, p. 265–306, 2019. Disponível: <https://doi.org/10.30899/dfj.v12i38.731>. Acesso em: 13 out. 2023.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Dias. (RE)Pensando a Pesquisa Jurídica. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HART, Herbert L. A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Denise Alves. Reforma trabalhista de 2017 no âmbito da audiência de julgamento. Revista Trabalhista: direito e processo. v. 17, n. 59, p. 57–75. São Paulo: Ltr, jan./jun 2018.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional). São Paulo: Martins Fontes, v. 1, 2003, p. 119-194.

KING, Jeff. Judging social rights. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

KLARMAN, Michael. Courts, Social Change, and Political Backlash. In: Hart Lecture at Georgetown Law Center, March 31, 2011 – Speaker’s Notes.

KOCH, Ida Elisabeth. The justiciability of indivisible rights. *Nordic Journal of International Law*, v. 72, n.1, p. 3-39, 2003.

KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras. Os impactos da Reforma nas condições de trabalho. In: FILGUEIRAS, Vitor Araújo; KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras (Orgs.). *Reforma Trabalhista no Brasil: Promessas e Realidade*. Campinas: Curt Nimuendajú, p. 127-154, 2019.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

JUSTINIANO, Jeibson dos Santos. Controles de convencionalidade e constitucionalidade na proteção dos direitos humanos trabalhistas: limites à ação legislativa promotora de retrocesso social e precarização do meio ambiente do trabalho. In: SILVA, Túlio Macedo Rosa e (Org.). *Estado, Constituição e Direitos sociais*. Manaus: Editora UEA, 2021.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Ativismo e autoconção no Supremo Tribunal Federal*. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958>. Acesso em: 15 set. 2022.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Perdedores no Congresso Nacional e no STF? A judicialização das questões interna corporis do Legislativo. *Revista Jurídica da Presidência*, 2016, v. 18, n. 115. Disponível

em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1259>. Acesso em: 20 set. 2022.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Judicializing the right to the city in brazil: strategy for legal mobilization and for citizen participation?. *Revista de Direito da Cidade*, 2018, v. 10, n. 4. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/33268/27219>. Acesso em: 15 set. 2022.

LIMA, Flávia Danielle Santiago Lima; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. A judicialização das reformas previdenciárias na jurisprudência do STF: um Tribunal amigo do equilíbrio financeiro e atuarial. *Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*. vol. 4, n. 1, fev 2017, p. 176-193.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009, p. 51-52

LOPES, Mariana Tormin Tanos; MEYER, Emilio Peluso Neder; LINHARES, Manuel Andrade. Pandemia e Erosão da Democracia Constitucional: uma Análise dos Ataques à Transparência no Brasil. *Revista Direito Público, Brasília*, v. 17, n. 96, nov./dez. 2020.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. *Manual da Reforma Trabalhista*. São Paulo: AATSP, Sensus, 2017.

MALISKA, Marcos Augusto. O Papel da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Cooperativo. *Revista da Advocacia Federal*. v. 5, n.1, p. 198-211, dez. 2021.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia. Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARMELSTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial. Direitos Fundamentais. NET, 5 de setembro de 2016. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/09/05/efeito-backlash-da-jurisdicao-constitucional-reacoes-politicas-a-atuacao-judicial/>. Acesso em: 2 nov. 2022.

MARQUES, Ana Luiza. Erosão Constitucional e Governança Digital: a influência das plataformas de mídias sociais em processos eleitorais e a solução proposta com a criação do Facebook Oversight Board. In: MARQUES, Ana Luiza. POLIDO, Fabrício P. ALVES, Marco Antônio (Orgs). Direito & Tecnologias: estudos sobre um mundo em transformação. Belo Horizonte: Initia Via, 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. Reforma trabalhista: comentários às alterações das Leis n. 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida provisória n. 808/2017. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio pro homine. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Rio de Janeiro, v. 79, n. 3, p. 233-254, jul./set. 2013.

MELLO, José Luís de Anhaia. da separação de poderes à guarda da Constituição: as cortes constitucionais. Dissertação para concurso à cátedra de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de Poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva - Editora FGV, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o Controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio. In: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional. Saraiva: São Paulo, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. MI e seus respectivos limites constitucionais: análise do julgamento da renda básica. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-eliseu-silva-integra.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Constitucionalismo, autoritarismo e juristocracia. Jota, 3 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/constitucionalismo-autoritarismo-e-juristocracia-03112017>, acesso em: 15 jun.2019.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Constitutional Erosion in Brazil. Oxford; New York: Hart Publishing, 2021.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Decadência democrática no Brasil e no mundo chama a atenção de pesquisadores. Justificando, 11 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com/2019/07/11/>

decadencia-democratica-no-brasil-e-no-mundo-chama-a-atencao-de-pesquisadores/. Acesso em: 15 jul. 2022.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES FILHO, Evaristo. O problema do sindicato único no Brasil: seus fundamentos sociológicos. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

MOTA, Arthur Lula. Arkelof e a informação assimétrica. Terraço Econômico. 19 de out. de 2017. Disponível em: <https://terraoeconomico.com.br/akerlof-e-a-informacao-assimetrica/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

MOTTA, Luiz Eduardo; SERRA, Carlos Henrique Aguiar. A ideologia em Althusser e Laclau: diálogos (im)pertinentes. Revista de Sociologia e Política. Jun/2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0104-447814225009>. Acesso em: 10 out. 2023.

MOTTA, Paulo Cesar Delayti; PINHEIRO, Ivan Antônio; VIEIRA, Luciano José Martins. Mandando Montesquieu às favas: o caso do não cumprimento dos preceitos constitucionais de independência dos três poderes da república. Revista Administração Pública. Dez/2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122011000600006>. Acesso em: 27 set. 2023.

MUGNATTO, Sílvia. Governo aponta aumento da expectativa de vida para justificar reforma da Previdência. Agência Câmara de Notícias. Fev. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/552342-governo-aponta-aumento-da-expectativa-de-vida-para-justificar-reforma-da-previdencia/>. Acesso em: 02 de setembro de 2023.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. Constitucionalidade do fim da obrigatoriedade

da contribuição sindical. ADI 5794 e o princípio da liberdade sindical. In: DUTRA, Renata; MACHADO, Sidnei (Orgs.). O Supremo e a Reforma Trabalhista: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal. P. 278-301. Porto Alegre: Editora Fi, 2021.

PICKERILL, J. Mitchell. Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system. Durham, NC: Duke University Press, 2004.

PINTO, Renan Freitas; SOUZA, Devyd Spencer Ribeiro de; TELLES, Tenório. Teoria crítica e Adorno: ideias em constelação. Manaus: Valer, 2015.

PINTO, Élide Graziane. Erosão Orçamentário-financeira dos Direitos Sociais na Constituição de 1988. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 24, p. 4473-4478, 2019.

PINTO, Élide Graziane. Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira. Rio de Janeiro: CEE-Fiocruz, 2017.

PIOVESAN, Flávia. Proteção e justiciabilidade dos direitos sociais nos sistemas global, regional e local. *Ideias legais*. Campo Grande: Escola Superior da Magistratura do TRT 24^a Região, Edição Especial, p. 17-54, 2009.

PIOVESAN, Flávia C. Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 102-139, out./dez. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). *Controle de convencionalidade:*

um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013a.

PIOVESAN, Flávia. Diálogo no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: desafios da reforma, *Revista Campo Jurídico*, n. 1, p. 163-186, 2013b.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, Vol. 6, Nº. 2, 2014, p. 142-154.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (Coords.); GERBER, Konstantin (Org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais: a proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*, *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: democratic constitutionalism and backlas*. Yale

Law School, Public Law Working Paper n. 131, p. 1-67, 2007. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=990968. Acesso em: 15 mar. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. O diálogo das cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Orgs). O STF e o direito internacional dos direitos humanos. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. Processo internacional de direitos humanos. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Omissões normativas. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

ROCHA, Daniel Machado. O Direito Fundamental à Previdência Social: Na Perspectiva Dos Princípios Constitucionais Diretivos Do Sistema Previdenciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SALVADOR, Evilasio da Silva. O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal. Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo, n. 130, p. 426-446, set./dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0101-6628.117>. Acesso em: 20 ago. 2023.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reiventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTIAGO, Denny Mendes. As limitações aos direitos fundamentais: os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial destes direitos. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

SANTOS, Boaventura Sousa. Agressividade da direita é um fenômeno global, por Boaventura Sousa Santos. Geledés, 2 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/agressividade-da-direita-e-um-fenomeno-global-por-boaventura-sousa-santos/>. Acesso em 25 jun. 2023.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; e BINENBOJM, Gustavo (org.) Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009a.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMITT, Carl. Theory of the Constitution. Madrid: Alliance, 2006.

SCHREIBER, Mariana. Ministro do STF diz que Brasil deve legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real. BBC Brasil, Brasília, 14 de setembro de 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms. Acesso em: 18 set. 2023.

SCOTT, Craig. Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Conventions on Human Rights. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 27, n. 3, p. 831-849, 1989.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2015.

SILVA, Maria Lúcia Lopes da. Contrarreforma da Previdência Social sob o comando do capital financeiro. Revista Serviço Social e Sociedade. São Paulo, n. 131, p. 130-154, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0101-6628.134>. Acesso em: 15 de setembro de 2023.

SILVA, Túlio Macedo Rosa e. Liberdade sindical e controle de convencionalidade. São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. Revista de Direito do Estado, ano 4, n. 13, p. 133-169, jan./mar. 2009.

SUNSTEIN, Cass R. One Case at a Time: Judicial Minimalism on that Supreme Court. Second Print. Cambridge and London: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. Michigan Law Review, v. 101, n.4, 2003, p. 885-951.

SUNSTEIN, Cass R. A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What it Meant Before. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional. Tradução: Letícia Borges Thomas. Revisão: André Pedreira Ibanez. In: TEXEIRA, A. V.; e OLIVEIRA, Elton S. de. Correntes contemporâneas do pensamento jurídico. Barueri: Manole, 2010, p. 294-317.

TAVARES, André Ramos. Tratado da arguição de preceito fundamental. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira. Os efeitos econômicos da Reforma Trabalhista. In: FILGUEIRAS, Vitor Araújo; KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras (Orgs.). Reforma Trabalhista no Brasil: Promessas e Realidade. Campinas: Curt Nimuendajú, p. 53-80, 2019.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. O Direito Internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. Os Tribunais Internacionais e a realização da Justiça. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. Réflexions sur l'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise-en-oeuvre. In: A. C. Alves Pereira; C. R. D. de Albuquerque Mello. (Org.). Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, p. 39-64, 2003.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. A Humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

TRINDADE, Augusto Antônio Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil(1948-1997): as primeiras cinco décadas. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

TUSHNET, Mark. Marbury v. Madison and the theory of judicial supremacy. In: Great cases in constitutional law. Edited by Robert P. George. Princeton: Princeton University Press, 2000.

TUSHNET, Mark. Non-judicial review. In: Harvard Journal of Legislation. Vol. 40, pp. 453-492, 2003a.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. The John Marshall Law Review, vol. 37, p. 523-553, 2003b.

TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights on comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional. Saraiva: São Paulo, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política. São Paulo: Malheiros, 1994.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Direito Hoje, 18 de outubro de 2021. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2225. Acesso em: 20 ago. 2022.